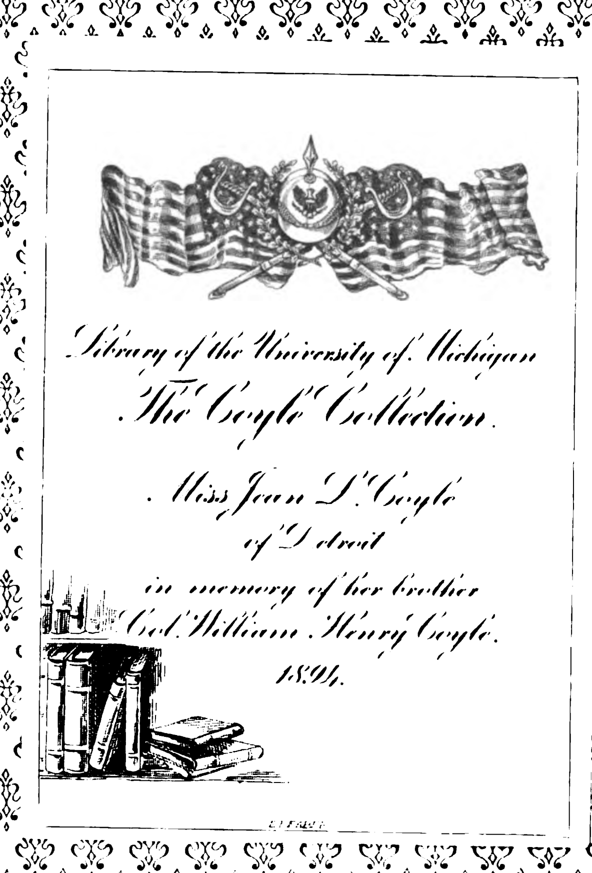
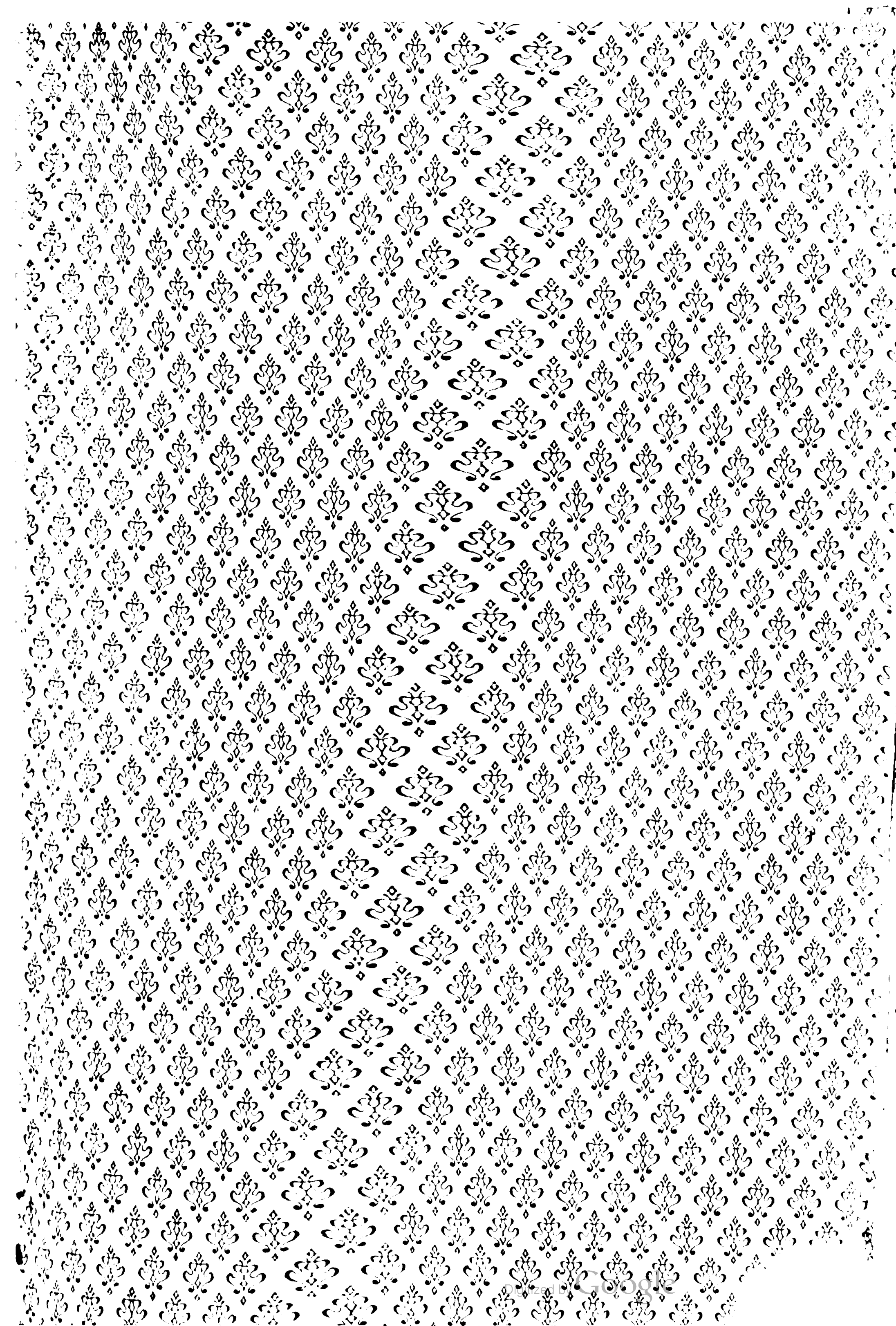










ZEITSCHRIFT

DER SAVIGNY-STIFTUNG

FÜR

RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN

VON

E. I. Bekker, A. Pernice, R. Schröder,
H. Brunner.

ACHTZEHNTER BAND

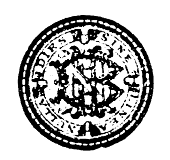
XXXI. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

MIT EINER TAFEL IN LICHTDRUCK

ROMANISTISCHE ABTHEILUNG.

WEIMAR
HERMANN BÖHLAUS NACHFOLGER
1897.





WEIMAR. — HOF-BUCHDRUCKEREI.

Inhalt des XVIII. Bandes
Romanistische Abtheilung.

I.

Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen.

Von

Herrn Professor Dr. **Eisele**

in Freiburg i. Br.

Vierter Beitrag.

Die folgende Collection enthält zunächst eine Anzahl Stellen, welche mit Rücksicht auf den zur Zeit der Compilation, namentlich auch durch Gesetze Justinians, veränderten Rechtszustand interpolirt sind. Dann folgt eine längere Serie von Stellen, in welchen Ergänzungen, Erläuterungen, Begründungen oder auch Correcturen von den Compilatoren angebracht worden sind. Hinsichtlich der beigefügten Verweisungen auf Lenels Palingenesie ist das zu dem dritten Beitrag Eingangs (Zeitschr. XIII S. 119 oben) Bemerkte zu wiederholen.

4, 2 l. 21 § 4 Paul. l. 11 ad ed.

Si metu coactus sim ab emptione locatione discedere, videndum est an nihil sit acti et antiqua obligatio remaneat, an hoc simile sit acceptilationi, quia nulla ex bonae fidei obligatione possimus niti, cum finita sit dum amittitur: et magis est, ut similis species acceptilationis sit, et ideo praetoria actio nascitur.

Der Begründungssatz quia bis amittitur erregt allerlei Bedenken. Der erzwungene contrarius consensus ist der erzwungenen acceptilatio eben dann ähnlich, wenn er des metus ungeachtet rechtswirksam ist d. h. die Obligatio aufhebt. Ob diese Aehnlichkeit vorhanden sei, wird gefragt, und es kann doch offenbar die Bejahung dieser Frage, wenn sie zunächst

auch nur hypothetisch ist, nicht so begründet werden, dass etwas behauptet wird, was aus der Bejahung sich erst ergiebt oder doch auf dasselbe hinausläuft, wie das, was zu begründen ist.

Ebenso sonderbar ist die Erläuterung cum finita sit dum amittitur. Allerdings ist ein Unterschied zwischen finiri und amitti, und es wird insbesondere, worauf Cujaz hinweist[1]), bei den Aufhebungsgründen des Niessbrauchs gerade auch von Paulus (sent. III, 6 § 28 und 33) dieser Unterschied gemacht. Aber was hier durch die Hervorhebung, dass mit dem amitti allemal auch ein finiri gegeben sei, bezweckt, d. h. klar gemacht werden soll, ist schlechterdings nicht einzusehen, und wird auch von Cujaz nicht gesagt.

Aber noch mehr! Paulus entscheidet, indem er sich für Gleichstellung mit erzwungener Acceptilation erklärt: et ideo praetoria actio (d. h. act. quod metus causa) nascitur[2]). Es ist vollständig verständlich, weshalb bei einer stricti iuris intentio auf dare oportere[3]) die Inserirung einer replicatio metus nicht für thunlich erachtet wurde: wer eine exceptio acceptilationis in der Formel perhorrescirte, für den war auch die replicatio ausgeschlossen[4]). Aber was stand im Wege, bei erzwungenem Aufhebungsvertrag den Bedrohten einfach die act. emti, locati mit der gewöhnlichen Formel anstellen zu lassen und ihm anheim zu geben, dem in iudicio erhobenen Einwand des mutuus dissensus mit der Behauptung des Zwanges entgegenzutreten? Auch dann ja, wenn man hier dem Zwang Wirkung nach ius civile abspricht, kommt immer noch das ex bona fide der Formel in Betracht, welches doch ganz sicher eine Berücksichtigung solcher Behauptung seitens des iudex ohne weiteres möglich macht.

Der Grund, weshalb Paulus die act. quod metus causa nöthig zu haben glaubt, muss irgendwo anders liegen.

---

[1]) Comm. ad tit. quod metus causa zu unserer Stelle, opp. (Venet. 1758) vol. I p. 844. — [2]) Vgl. l. 9 § 7 h. t., wo das id est in integrum längst als Interpolation bezw. Glossem erkannt ist. — [3]) Einer act. emti, locati gegenüber ist an eine Behauptung des Bekl., es sei accepto ferirt, natürlich nicht zu denken, da die acceptilatio nur in Bezug auf verborum obligatio Statt findet. Dies hat Schlossmann zur Lehre v. Zwang S. 90 übersehen. — [4]) Vgl. Schlossmann a. a. O. S. 90 und S. 91 Note 121.

Czyhlarz hat ihn richtig erkannt, wenn er sagt[1]): „wegen der durch den giltigen contrarius consensus bewirkten Auflösung des Contractes bleibe für die bona fides kein Anhaltspunkt übrig.“ Dass durch contrarius consensus nicht nur die obligatio, sondern auch der Consensualcontract wieder beseitigt wird, kommt in der in unserer Stelle und auch sonst (z. B. Inst. III, 29 § 4) gebrauchten Redewendung „ab emptione (nicht ab obligatione) discedere“ zum Ausdruck. Die historische Thatsache, dass contrahiert worden ist, kann natürlich in keiner Weise aus der Welt geschafft werden; im juristischen Sinne wird aber der Consensualcontract, der durch consensus existent geworden ist, durch contrarius consensus wieder beseitigt.

Von hier aus ist es nur ein kleiner Schritt, und der Gedankengang des Paulus ist klar, und damit auch die Möglichkeit vorhanden, annähernd anzugeben, was Paulus geschrieben hat.

Die oben aufgeworfene Frage: warum kann der gezwungene Käufer nicht einfach mit der act. emti vorgehen, beantwortete Paulus dahin: weil die formula nicht mehr brauchbar ist; und sie ist es nicht, weil der Kaufcontract beseitigt ist und folglich die demonstratio nicht mehr zutrifft. Geschrieben aber hat er etwa Folgendes:

> quia nulla ex bonae fidei negotio demonstratione possimus niti, cum finitum sit[2]) dum amittitur obligatio.

Zur Begründung dieser Conjectur bemerke ich noch:

1. Der Satz quia bis niti hat so einen Sinn, und ebenso auch die Erläuterung cum finitum sit u. s. w. „Wir können uns auf die demonstratio nicht mehr stützen; es ist nämlich durch contrarius consensus in Einem (das liegt in dum) Obligatio und Contract (und damit die Richtigkeit der Demonstratio) beseitigt.“

2. Dass die Compilatoren geändert haben, begreift sich: die demonstratio war eine zu deutliche Hinweisung

---

[1]) Jherings Jahrbb. f. Dogm. XIII S. 13. Wegen des Bedenkens, dass nach eingetretener Resolutivbedingung doch die Contractsklage gegeben wird, vgl. ebendaselbst S. 12 Note 21. — [2]) Scil. negotium. Weniger gut würde mir scheinen finita sit scil. demonstratio.

auf die formula, als dass sie nicht hätte beseitigt werden müssen.

3. Es erklärt sich auch alles, was in dem jetzigen Texte befremdlich ist, auf das Einfachste. Da die Compilatoren demonstratione durch obligatione ersetzten, mussten sie obligatio nach amittitur streichen; dadurch entstand die Tautologie „cum finita sit dum amittitur". Sie strichen dann zwar auch negotio, liessen aber in ihrer Eilfertigkeit bonae fidei stehen, wofür sie bona fide hätten setzen sollen. Dies bonae fidei führt nicht minder, als das was oben über den gedanklichen Zusammenhang bemerkt wurde, auf die Spur dessen, was Paulus wirklich geschrieben hat.

20, 1 l. 16 § 4 Marcian. l. sing. ad form. hyp.

Interdum etiam de fructibus arbitrari debet iudex, ut, ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. quid enim si minoris fuit praedium, quam debetur? nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi extent et res non sufficit.

Die Ausnahme ist hinzugefügt mit Rücksicht darauf, dass auch bei der rei vindicatio von den Compilatoren die Restitutionspflicht betr. fructus extantes, wenn sie vor der lit. contestatio gezogen sind, eingeführt worden ist[1]). Lenel I, 649 (mit ?).

Uebrigens ist auch der Passus ut — condemnet nicht geheuer, an Stelle dessen Marcian etwas Kürzeres und Geschmackvolleres geschrieben haben dürfte. Mich stösst das breite und unnöthig nachdrückliche ex quo . . ex eo tempore, die lis inchoata, das nochmalige etiam, endlich condemnet, während vor- und nachher diejenigen Ausdrücke gebraucht werden, welche dem arbiträren Charakter der form. hypothecaria entsprechen: arbitrari und pronuntiare.

26, 4 l. 8 Paul. l. 38 ad ed.

. . . constat utrosque esse tutores, si perfectae aetatis sunt, quia eodem gradu sunt.

Da es sich um tutores legitimi handelt, so sind die Worte si perf. act. sunt mit Rücksicht auf C. 5, 30, 5 interpolirt. Vgl. Zeitschr. XIII S. 129 zu 27, 3, l. 9 § 1. Karlowa, Röm.

[1]) Czyhlarz in Glück, Serie der LB. 41. 42 Bd. I S. 523 ff. 571 ff.

Rechtsgesch. II S. 274, nimmt freilich beide Stellen unbeanstandet hin und benützt sie als Beweis dagegen, dass auch einem impubes die gesetzliche Vormundschaft habe zustehen können.

Wie wir auch Lenel I p. 1045 n. 1.

28, 1 l. 5 Ulp. l. 6 ad Sab.

A qua aetate testamentum vel masculi vel feminae facere possunt, videamus. et verius est in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum.

Das verius deutet auf Zweifel oder Meinungsverschiedenheit hin; nach dem Satze, hinter dem es steht, müsste man annehmen, es sei über den Alterstermin Zweifel gewesen. Nun ist uns nichts davon bekannt, dass die römischen Juristen das Pubertäts-Alter verschieden angesetzt haben, wohl aber, dass Meinungsverschiedenheiten darüber bestanden haben, ob das Alter ausschliesslich entscheiden solle, oder ob auch dem habitus corporis eine Bedeutung zukomme und welche? Aus l. 3 C. quando curat. 5, 60 ersehen wir ferner, dass bezüglich männlicher Personen dieser Streit noch beim Regierungsantritte Justinians nicht ausgetragen war, und durch diese vom Jahr 529 datirende Constitution in dem Sinne entschieden wurde, dass auch bei männlichen Personen lediglich auf das Alter, das vollendete 14. Jahr, gesehen werden solle. Es wird daher die Vermuthung kaum fehl gehen, dass Ulpian von dieser Meinungsverschiedenheit gesprochen hat — das verius est weist darauf hin — und dass die Compilatoren dies durch das ersetzt haben, was wir jetzt lesen. Dafür spricht insbesondere auch sehr deutlich das spectandum, welches schlecht am Platz ist, wenn überhaupt nur das Alter in Frage steht, aber sehr gut, wenn gestritten wird, ob lediglich auf Alter oder auch auf habitus corporis „zu sehen" sei; und es stimmt zur Interpolation der Indicativ im indirecten Fragesatz, wenn er auch für sich nichts beweist (Zeitschr. VII, p. 25).

30, l. 84 § 13 Iul. l. 33 dig.

Si is cui legatum fuerat, antequam constitueret qua actione uti vellet, decessit duobus heredibus relictis, legatum accipere simul venientes nisi consenserint non possunt: quare quamdiu alter rem vindicare vult, alter in personam agere non potest.

sed si consenserint rem communiter habebunt: consentire autem vel sua sponte debent vel iudice imminente.

Was hier steht, ist nach classischem Recht juristischer Nonsens. Kann vernünftiger Weise von einem vindicare velle seitens des einen Erben des Legatars die Rede sein, so muss letzterem per vindicationem vermacht und er so Eigenthümer geworden sein. Dann aber ist auch der andere Erbe des Legatars Eigenthümer geworden, sobald er Erbe geworden ist, und es ist schlechterdings nicht einzusehen, warum sie erst dann rem communiter habebunt, wenn sie sich darüber geeinigt haben, ob sie beide act. in personam oder beide rei vindicatio anstellen wollen. Aber auch die act. in personam gehört nicht hierher. Denn eine persönliche Klage ex testamento[1]) fand bei leg. per vindicationem nicht Statt, sondern nur bei leg. per damnationem oder sinendi modo[2]). Hiernach kann kein Zweifel sein, dass wir es im § 13 mit einem Elaborat der Compilatoren zu thun haben, angeflickt mit Rücksicht auf Justinians Bestimmung in l. 1 C. comm. de leg. 6, 43[3]); es ist mir dies wahrscheinlicher, als dass eine Aeusserung Julians von ihnen geändert worden — die Aenderung wäre

[1]) Gewöhnlich wird agere oder petere ex test. gesagt: l. 69 § 5 l. 71 § 1 l. 82 pr. § 1. 2. 6 l. 84 § 2. 4. 5. 6 leg. I; l. 7 § 2 l. 8 § 6 de lib. leg. (34, 3). Der Ausdruck actio ex testamento kommt vor l. 7 § 5 und 7 eod., der Ausdruck actio legati l. 75 ad leg. Falcid. 35, 2. Der letztere muss nach dem Zusammenhang der Stelle verstanden werden von jeder aus irgend einem Legat zuständigen actio, und ist also keine technische Bezeichnung. — [2]) Gai. 4, 204. 213. Auch in den in der vorigen Note angeführten Stellen ist die Beziehung auf Damnationslegat theils durch die mitgetheilte testamentarische Verfügung (l. 84 § 2 cit. fundum dari iusserit), theils durch die Angaben über den Inhalt des Vermächtnisses, oder über die intentio der Klage (82 § 1 cit. ex testamento petam eam mihi dari oportere), in den übrigen Fällen dadurch sicher gestellt, dass Julian in Buch 33 seiner Digesten, auch wo von agere ex testamento nicht die Rede ist, vom Damnationslegat handelt (l. 6 l. 82 § 5 l. 84 § 1. 7. 9. 10 leg. I; l. 10 de lib. leg. 34, 3). Auch l. 84 § 12 leg. I gehört hieher, obwohl die Verfügung lautet: Titio et Maevio singulos servos do lego. Dies Legat kann ja, da nicht bestimmte Sklaven gegeben sind, nur als Damnationslegat im Sinne des sct. Neronianum (Gai. 2, 197) aufrecht erhalten werden. — [3]) ..omnibus tam legatariis quam fideicommissariis .... non solum personalem actionem praestare sed etiam in rem... et insuper utilem Servianam et rel.

jedenfalls der Art, dass sich nicht mehr erkennen liesse, wovon Julian gesprochen.

Ist man einmal stutzig geworden, so fällt auch noch Anderes in der Stelle auf. Man sieht nicht ein, warum die Beiden das Legat nicht in Empfang nehmen können, weil sie über die anzustellende Klage nicht einig sind: denn wenn sie empfangen können, brauchen sie überhaupt nicht zu klagen, und die Differenz über die anzustellende Klage macht, sollte man meinen, nur gemeinsame Klage unmöglich. Ferner: wenn eine Einigung über die anzustellende Klage zwangsweise herbeigeführt werden soll, so kann dieses ganz selbstverständlich nur vom Prätor bewirkt werden, nicht vom iudex. Endlich: wozu das antequam constitueret, qua actione uti vellet? Unter welchem Gesichtspunkte könnte denn ein blosser Entschluss des Legatars, sich der einen oder andern actio bedienen zu wollen, für seine Erben bindende Kraft haben? Sprachlich anstössig ist nicht viel: etwa simul venientes (vgl. meine Beiträge zur röm. Rechtsgesch. S. 242), communiter habebunt und iudice iminente[1]).

Die Compilatoren haben in § 13 eine ihnen aus Anlass der l. 1 Cod. comm. leg. in den Sinn kommende Zweifelsfrage zu lösen gesucht; sie sind aber in der Bildung des Falles ungewöhnlich ungeschickt gewesen. Dem gleichen Bestreben verdankt auch noch eine andere Stelle ihre Existenz, nämlich

31 l. 76 § 8 Papin. l. 7 respons.

Variis actionibus legatorum simul legatarius uti non potest, quia legatum datum in partes dividi non potest: non enim ea mente datum est legatariis pluribus actionibus uti, sed ut laxior eis agendi facultas sit, ex una interim (Mommsen: inter eas) quae fuerit electa legatum petere.

Die Verweisung auf Justinians Gesetz ist in den Worten non enim ea mente u. s. w. deutlich genug ausgesprochen; auch die Frage, wie sich die von Justinian gegebenen Actionen zu einander verhalten, musste sich bald genug aufdrängen. Hier ist sie gelöst, aber wie! Wir erfahren: der Legatar soll sie nicht zugleich anstellen; ob er sie aber nacheinander anstellen könne, wird nicht gesagt, wenn nicht etwa in den

[1]) Vgl. Cod. VII, 4, 17 § 2: si legatarius immineat, quatenus ei servus restituatur.



Worten quae fuerit electa die Verneinung angedeutet sein sollte. Der Satz: quia legatum datum (datum ist überflüssig) in partes dividi non potest ist erstens nicht wahr, und zweitens würde, wenn er wahr wäre, daraus ja nicht folgen, dass der Legatar pluribus actionibus simul uti non potest, sondern nur, dass er nicht einen Theil des Legats mit act. in rem, einen andern mit act. in personam einklagen könne. Es kann kein Zweifel darüber sein, dass ein solches Gerede nicht von Papinian, sondern ein Machwerk der Compilatoren ist. Unmöglich im Munde Papinians ist auch ex una (actione) legatum petere.

Für das Nebeneinanderbestehen von act. ex testamento und rei vindicatio in classischer Zeit kann man sich nicht berufen auf

30 l. 85 Paul. l. 11 ad Plaut.

Duobus coniunctim fundus erat legatus: alter ex his partis aestimationem per actionem personalem abstulit. alter si fundum totum vindicare velit, exceptione doli pro parte dimidia repellitur, quia defunctus semel ad eos legatum pervenire voluit.

Zu dieser Stelle bemerkt Lenel Palingen. I, p. 1165 Note 6: per actionem personalem Tribonianus inseruit propter (6. 1) 68. Das ist möglich, wiewohl der Umstand, dass dem Vindicanten nicht gemäss der l. 68 cit. die Sache selbst verschafft wird, auch so hätte erklärt werden können, dass das restituere einer pars in der Regel in der Weise erfolgen wird, dass die aestimatio gezahlt wird. Möglicherweise war aber auch die Gelegenheit verlockend, hier die Klagenmehrheit nach l. 1 C. cit. einzuschwärzen. Jedenfalls aber sagen die classischen Juristen nicht personalis actio, sondern in personam actio, wenn sie den Gegensatz zu der act. in rem. angeben wollen[1]). In unserer Stelle muss aber auch

---

[1]) Der Ausdruck personalis actio steht noch in l. 38 de iud. (5, 1), worüber sogleich. Aehnlich ist personalia interdicta in l. 1 § 3 de interd. 43, 1, einer Stelle, die mir schon um deswillen sehr verdächtig ist, weil es mir äusserst unwahrscheinlich vorkommt, dass die römischen Juristen die Eintheilung der actiones in rem und in personam auf die Interdicte sollten angewendet haben. Vgl. übrigens meine Beiträge zur röm. Rechtsgeschichte S. 244.

sonst noch Verschiedenes von den Compilatoren weggelassen und bezw. geändert sein. Die Motivirung der exc^{o} doli aus dem Willen des Testators ist ja ganz classisch; aber wie passt exc^{o} doli überhaupt hierher? Bei Vindicationslegat müsste nach Gai. 4, 53 der Legatar, der totum fundum vindicat, einfach wegen plus petitio causa cadere. Ist dieses causa cadere wegen l. 3 C. de plus pet. 3, 10 durch exceptione doli pro parte dimidia repelli ersetzt?

Eine dritte Stelle, die mit Rücksicht auf l. 1 C. cit. geändert wurde, ist

5, 1 l. 38 Licinn. Rufinus l. 4 regul.

Quod legatur, si quidem per personalem actionem exigetur, ibi dari debet ubi est, nisi si dolo malo heredis subductum fuerit: tunc enim ibi dari debet ubi petitur .... si autem per in rem actionem legatum petetur, etiam ibi peti debet ubi res est.

Hier haben wir ein legatum, das sich nur dadurch differenzirt, dass es mit actio in personam oder mit actio in rem eingeklagt werden kann. Das ist dem justinianeischen Gesetz vollständig entsprechend, stimmt aber durchaus nicht zum classischen Recht, nach welchem vor allem verschiedene Arten des Legates da sind, und nach diesen Arten erst sich die Klage bestimmt. Die Stelle lautete ursprünglich so: quod per damnationem legatur, ibi dari debet u. s. w., und dann weiterhin: si autem per vindicationem legatum est u. s. w. (Ebenso Lenel I p. 559 N. 5 u. p. 560 N. 1, jeweils mit Fragezeichen.)

35, 1 l. 31 Afric. l. 2 quaest.

In testamento ita erat scriptum: „Stichus et Pamphila liberi sunto et si in matrimonium coierint, heres meus his centum dare damnas esto": Stichus ante apertas tabulas decessit. respondit partem Stichi defectam esse; sed et Pamphilam defectam condicione videri ideoque partem eius apud heredem remansuram. sed et[1]) si uterque viveret et Stichus nollet eam uxorem ducere, illi quidem legatum deberetur, Stichi autem portio inutilis fiebat.

[1]) Ohne Zweifel ist mit Mommsen zu schreiben sed si uterque u. s. w.

Schon Cujaz hat zu dieser Stelle bemerkt[1]): puto Africanum scripsisse aut sensisse, Stichi partem caducam esse, quia decessit ante apertas tabulas nondum impleta condicione. Warum aber, frägt er dann, wird nicht auch der Antheil der Pamphila caduc, sondern verbleibt beim Erben? Antwort: quia morte tantum legatarii, aut servitute defecto legato leges caducariae locum habent. Entsprechend interpretirt Cujaz auch den zweiten Theil des Fragments, wo der Fall so gestellt ist, dass nur Einem legirt ist unter der Bedingung, dass er eine bestimmte Person heirathe, dahin: wenn der Legatar (Titius) vor Erfüllung der Bedingung (und ante apertas tabulas) stirbt, nihil ad heredem suum transmittit, das heisst, das Legat wird caduc; stirbt dagegen die bestimmte Person (Seia), so ist der Titius auch defectus condicione, aber (wovon in dem Fragment nichts steht) das Vermächtniss fällt nicht an den Fiskus, sondern bleibt beim Erben. Demgemäss stellt dann Cujaz die allgemeine Regel auf: ubi morte legatarii deficit condicio, fisco locus est; ubi morte eius, in cuius persona implenda est condicio, heres retinet legatum.

Es ist aber nicht ersichtlich, dass das römische Recht einen derartigen Unterschied gemacht habe. Die l. 59 pr. h. t. (35, 1), auf die Cujaz sich bezieht, ergiebt nichts; denn wenn dort Ulpian sagt:

> intercidit legatum, si ea persona decesserit, cui legatum est sub condicione,

so ist es doch willkürlich, hier gerade an condiciones mixtae von der Art, wie sie in der l. 31 behandelt werden, zu denken, und zweitens wäre es abermals willkürlich, den Ton auf ea persona cui legatum est, im Gegensatz zu der Person, die der Legatar heirathen soll, zu legen. Es ist also kein Grund, zu zweifeln, dass die Worte (ideoque partem eius) apud heredem remansuram interpolirt sind für caducam esse: sie stehen mit dem Recht zur Zeit Africans geradezu im Widerspruch, während Afrikan ganz wohl geschrieben haben kann partem Stichi defectam esse, indem er sich das Caducwerden hinzu-

[1]) In Buch II des Tractats ad Africanum, opp. tom. I p. 1114 sq. (ed. Venet. Mutin. 1758—70). Auch Lenel (I p. 4) bemerkt nur zu den Worten partem Stichi defectam esse „subaudias: et caducam fieri“; zu ideoque partem eius apud heredem remansuram bemerkt er nichts.

dachte. Ebenso kann es statt (Stichi autem portio) inutilis fiebat geheissen haben: caduca fiebat; es ist aber m. E. nicht unmöglich, dass die Worte inutilis fiebat von African sind, der es wieder dem Leser überliess, die weitere Folge sich hinzuzudenken.

Manche Schriftsteller behaupten zwar[1]), dass Deficienz der Bedingung nicht Caducität im eigentlichen Sinne, sondern nur das in causa caduci begründe. Dies ist aber nicht richtig. Justinian erwähnt in seiner ausführlichen, diese Materie regelnden Constitution (C. 6, 51) im § 2, wo er den Unterschied zwischen dem, was pro non scripto gilt, dem was in causa caduci est und dem eigentlichen caducum auseinandersetzt, die Deficienz der Bedingung des Hinterlassenen allerdings nur bei dem in causa caduci. Wenn es aber hier in Betreff des dritten Falles heisst: vel mortuo iam testatore hoc quod relictum est deficiebat, quod aperta voce caducum nuncupabatur, so ist schon an sich nicht einzusehen, warum Deficienz der Bedingung, sofern sie nur erst mortuo testatore eintritt, nicht hierher gehören soll, da ja doch als einziger Unterschied zwischen dem in causa caduci und dem caducum das hervorgehoben wird, ob vivo oder mortuo testatore das Ereigniss eingetreten ist, welches die Zuwendung hinfällig gemacht hat. Jeder Zweifel wird aber durch die folgenden Ausführungen beseitigt. Nachdem in § 3 von dem, was pro non scripto gilt, in § 4 von dem in causa caduci näher gehandelt worden, spricht das Gesetz von § 5 an von dem eigentlichen caducum, und stellt im § 7 ausdrücklich die beiden Fälle nebeneinander: quod si in medio is, qui ex testamento lucrum sortitus est, decedat vel eo superstite condicio defecerit.

Noch mag bemerkt werden, dass die in der l. 31 gebrauchte Wendung apud heredem remansuram in ähnlicher Weise wiederholt in Justinians Gesetz gebraucht wird: manere apud eos, a quibus sunt derelicta in § 4, und ähnlich in § 7 und § 8.

41, 3, l. 16 Iavol. l. 4 ex Plautio.

Servi nomine, qui pignori datus est, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore agendum est, quia qui pignori

[1]) Rudorff, Rechtsgesch. I S. 68 bei Note 37 und 38; Danz, Lehrbuch der Gesch. d. röm. R. (2. Aufl.) II S. 175.

dedit, ad usucapionem tantum possidet, quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet, adeo ut adici possit et possessio eius qui pignori dedit.

Die Worte adeo — pignori dedit ziehen eine Folgerung aus dem, was unmittelbar vorher gesagt ist: dass der Pfandgläubiger ad reliquas omnes causas possidet. Dazu passt aber dedit nicht, sondern nur accepit, und dies hat Javolen auch geschrieben. Und zwar hatte Javolen das interdictum utrubi im Sinne: bei diesem kann man zur accessio possessionis auch den Besitz des Pfandgläubigers verwenden. Da im justinianeischen Recht das utrubi verschwunden, und nur noch bei der Ersitzung von accessio possessionis die Rede ist, und da nach dem, was in der Stelle vorhergeht, der Usucapionsbesitz bei dem Verpfänder ist, so mussten die Compilatoren am Schlusse das accepit in dedit ändern. Sie hätten aber, wenn sie ihre Sache ordentlich hätten machen wollen, noch ein Weiteres thun müssen, nämlich den Passus adeo — pignori dedit umstellen, d. h. vor quod ad reliquas omnes u. s. w. einschieben.

Hier haben wir einen Fall, wo eine Interpolation mit voller Sicherheit nachweisbar ist, ohne dass ein sprachliches Indiz zu Hilfe kommt.

2, 14 l. 22 § 6 Paul. l. 3 ad ed.

Sed si stipulatus decem aut Stichum de decem pactus sim et petam Stichum aut decem: exceptionem pacti conventi in totum obstaturam: nam ut solutione et petitione et acceptilatione unius rei tota obligatio solveretur, ita pacto quoque convento de una re non petenda interposito totam obligationem summoveri. sed si id actum inter nos sit, ne decem mihi sed Stichus praestetur, possum efficaciter de Sticho agere, nulla exceptione opponenda. item est et si de Sticho non petendo convenerit.

Der ganze Passus von nam ut solutione bis exceptione opponenda ist ein ziemlich ungeschicktes Machwerk der Compilatoren. Zunächst haben sie, verführt durch die Worte exceptionem in totum obstaturam, die gegebene Entscheidung falsch begründet, nämlich damit, dass durch das pactum die ganze obligatio beseitigt werde, während der Grund doch einfach der ist, dass, wenn in der Formel die exceptio steht:

si non inter Aum et Num convenit, ne Stichus peteretur

und ihr Inhalt erwiesen wird, der iudex weder gemäss der intentio auf decem aut Stichum dare, noch auch auf Stichum dare verurtheilen kann. Das pactum de non pet. in Betreff der einen Leistungsalternative auf gleiche Linie zu stellen mit der solutio[1]), der dieser gleichstehenden acceptilatio und der litis contestatio, wenn auf eine Alternative unter Begehung einer plus petitio geklagt worden ist, ist eine so exorbitante Leistung, dass man sie auch einem Paulus nicht zutrauen kann. Die in dem Begründungssatz aufgestellte Behauptung war denn auch den Compilatoren selbst zu stark, weshalb sie die Einschränkung sed si u. s. w. hinzuzufügen sich veranlasst sahen. Man erwäge aber:

1. wenn ein pactum de non petendo betreffend decem abgeschlossen ist, so ist wahrlich nicht einzusehen, was anderes damit bezweckt werden sollte, als eben das, dass nicht zehn, sondern Stichus geleistet werden solle;

2. Paulus beschäftigt sich mit der Frage, ob Stichus eingeklagt werden könne, überhaupt nicht, sondern er setzt den Fall, dass nach Abschluss des pactum geklagt wird auf Stichus oder zehn. Dass auf Stichus geklagt werden könne, war ihm ausser Zweifel[2]).

Formell finde ich zu beanstanden den Ausdruck obligationem summoveri, ferner de Sticho agere für Stichum petere, endlich ist compilatorisch der abl. absol. nulla exceptione opponenda[3]). Lenel I S. 974: „nulla exc. opp. Tribon.?"

---

[1]) Es ist ja nur eine Alternative in solutione! — [2]) Iure civili sind zwar auch nach dem pactum noch immer Stichus aut decem in obligatione, und im Allgemeinen begeht eine plus petitio, wer bei alternativer Obligatio auf die eine Alternative klagt (Gai. 4, 53a). Dass aber auch im stricti iuris iudicium das officium iudicis so weit reichte, um befinden zu können, es liege keine plus petitio vor, wenn die Einschränkung auf eine Alternative auf Grund eines pactum de non petendo erfolgte, kann um so weniger zweifelhaft sein, als die Formel nichts enthielt, was das officium in dieser Richtung beschränkt hätte. — [3]) Vgl. diese Zeitschr. Bd. VII S. 23 f. unter III.

3, 5 l. 7 § 2 Ulp. l. 10 ad ed.

Quodsi post examinationem reprobatae fuerint pensationes, verius est quasi re iudicata amplius agi contrario iudicio non posse, quia exceptio rei iudicatae opponenda est.

Der Grund, weshalb contrario iudicio nicht mehr geklagt werden kann, ist in den Worten quasi re iudicata schon vollkommen deutlich angegeben. Die Worte quia — opponenda est wären allenfalls zu ertragen, wenn quasi re iudicata fehlte; so aber kommen sie auf eine Tautologie hinaus, und zwar auf eine recht ungeschickte: denn in diesem Zusammenhang handelt es sich ja nicht darum, was dem Beklagten zu rathen ist, wenn gegen ihn die aω contraria angestellt wird, sondern was Kläger zu erwarten hat, wenn er sie anstellt; es müsste heissen opponi potest oder tenet oder Aehnliches.

4, 4 l. 24 pr. Paul. l. 1 sentent.

Quod si minor sua sponte negotiis maioris intervenerit, restituendus erit, ne maiori damnum accidat. quod si hoc facere recusaverit, tunc si conventus fuerit negotiorum gestorum, adversus hanc actionem non restituitur: sed compellendus est sic ei cedere auxilio in integrum restitutionis, ut procuratorem eum in rem suam faciat, ut possit per hunc modum damnum sibi propter minorem contingens resarcire.

Im westgothischen Paulus I, 9, 2 lesen wir Folgendes:

> Qui minori mandavit, ut negotia sua agat, ex eius persona in integrum restitui non potest, nisi minor sua sponte negotiis eius intervenerit.

Die Westgothen haben hier einen ähnlichen unlogischen Nisi-Satz fertig gebracht, wie solche später von den Compilatoren mehrfach verbrochen worden sind: die negotiorum gestio kann von dem Mandat nicht ausgenommen werden, da sie überhaupt nicht darunter fällt. Insofern hat Huschke Recht, wenn er in seiner Ausgabe der Sentenzen statt nisi setzt quodsi, und demgemäss noch hinzusetzt restituendus erit. Dagegen scheint mir die von Huschke (und auch von Mommsen in der adnot. crit. zu unserer Stelle, ferner von Lenel paling. zu Paul. 217) gebilligte Ansicht des Cujaz nicht genügend begründet zu sein, dass das, was im pr. des Fragments 24 auf das Wort intervenerit (oder nach accidat, wie Huschke und Lenel meinen) folgt, aus dem 11. Buche des

Edictscommentars des Paulus genommen sei. Der Umstand, dass wir das in den uns überlieferten epitomirten Sentenzen des Paulus nicht lesen, kann ja nicht beweisen, dass es in den unverkürzten nicht enthalten war; es ist also auch möglich, dass die l. 24 erst vom § 1 an aus dem Edictscommentar genommen ist. In Bezug auf das, was wir im princ. nach restituendus erit lesen, liegt aber noch die weitere Möglichkeit vor, dass es weder in den Sentenzen noch in dem Edictscommentar des Paulus stand, sondern von den Compilatoren zurechtgemacht ist, und gerade dies glauben wir aus folgenden Gründen annehmen zu müssen.

In den Sentenzen, wo die Worte restituendus erit nach dem oben Gesagten gestanden haben, bezogen sie sich nicht auf den minor, sondern auf den maior; denn sie bildeten den Gegensatz zu ex eius (scil. minoris) persona restitui non potest, wozu qui minori mandavit Subject ist. Die Compilatoren haben aber, nachdem ihnen das Fragment aus dem Zusammenhang losgerissen vorlag, zu restituendus erit den minor als Subject gedacht (was ganz erklärlich ist), und dies ist der Punkt, von dem an alles Weitere abwegig geworden ist.

Wird nämlich im Fall der negostiorum gestio durch einen minor der grossjährige dominus negotii erforderlichen Falles ex persona minoris in integrum restituirt, wie das die westgothischen Sentenzen ergeben, so erübrigt sich alles Weitere. Soll aber dem dominus geholfen werden durch Restitution des minor selbst — nur in diesem Falle hat das ne maiori damnum accidat Sinn —, so entsteht gleich die Frage: wie, wenn der minor, vielleicht absichtlich in necem maioris, Restitution nicht nachsuchen will? Dem minor für diesen Fall anzudrohen, dass er dann auch gegen den maior keine Restitution bekommen werde, wenn eine solche für ihn wünschenswerth sein sollte, ist ein echt römischer modus procedendi: es liegt darin ein indirectes Compelle für den Minderjährigen, Restitution gegenüber dem Dritten, mit dem er sich eingelassen hat, nachzusuchen. Diesen Satz mögen die Compilatoren bei einem classischen Juristen vorgefunden haben[1]; die Fassung

[1] An Paulus selbst wird nicht zu denken sein; da er den directen und stets zum Ziel führenden Weg kannte, dem maior ex persona minoris Restitution zu gewähren, so ist nicht glaublich, dass er auf den

ist aber von ihnen. Das hoc facere weist hin auf Nachsuchen der Restitution; von solchem ist aber vorher nicht die Rede, sondern man muss es erst aus restituendus erit herauslesen; auch tunc si ist compilatorisch.

Mit den Worten sed compellendus est wird dann in echt compilatorischer Weise etwas eingeführt, was das eben Gesagte wesentlich corrigirt: an Stelle indirecten Zwanges tritt der directe. Und was bekommen wir da vorgesetzt! Eine Cession, und zwar eine erzwungene, des beneficium in int. restitutionis! Als ob es einen Anspruch und eine actio auf Restitution gegeben hätte! Und nach der Ausdrucksweise sic cedere.. ut proc. eum in r. s. faciat, wäre das procuratorem in r. s. facere das Mittel, wodurch die Cession erfolgt, während nach classischem Recht nur der Gedanke processtechnisch vollziehbar ist, dass die Ertheilung einer form. procuratoria an den maior das Mittel sein kann, wodurch die Restitution erfolgt, nämlich des maior ex persona minoris, und zwar ob letzterer will oder nicht.

5, 4 l. 1 § 4 Ulp. l. 15 ad ed.

Interdum praetor incertae partis hereditatis petitionem indulget idoneis causis intervenientibus: ut puta ..... aequissimum igitur est incertae partis vindicationem ei concedi. non audenter itaque dicetur, ubicunque merito quis incertus est quam partem vindicet, debere ei incertae partis vindicationem concedi.

Der letzte Satz ist von einer geradezu unerträglichen Ueberflüssigkeit; non audenter und merito incertus sind auch hinreichend verdächtig.

8, 4 l. 2 Ulp. l. 17 ad ed.

De aqua per rotam tollenda ex flumine... quidam dubitaverunt, ne hae servitutes non essent: sed recripto imperatoris Antonini ad Tullianum adicitur, licet servitus iure non valuit, si tamen hac lege comparavit seu alio quocumque legitimo modo sibi hoc ius adquisivit, tuendum esse eum, qui hoc ius possedit.

---

indirecten verwiesen haben sollte, der dann nicht zum Ziel führte, wenn der minor keine Ansprüche des dominus zu fürchten hatte, gegen die er Restitution brauchte.

Die Angaben Ulpians über den Inhalt des Rescripts sind stark geändert, und zwar nach der Richtung, dass der Gegensatz zwischen civiler und prätorischer Servitut verwischt wird. Es ist verdächtig das simple iure, das Perfect valuit, das ganz in der Luft stehende hac lege, das objectlose comparavit, zu dem man überdies, wie auch zu adquisivit, als Subject quis hinzudenken muss. Alio quocumque legitimo modo ist an sich schon verdächtig, ganz besonders aber deshalb, weil es bei prätorischem Schutz doch nicht gerade auf eine civile Erwerbsart ankommen kann, worauf legitimo modo doch allein bezogen werden könnte. Endlich ist nicht glaublich, dass die Befugniss zu schöpfen zweimal schlechtweg als hoc ius bezeichnet worden sei, nachdem vorher eingeräumt worden, dass servitus im Sinne des ius civile nicht vorhanden sei.

Sehr wahrscheinlich ist auch adicitur nicht von Ulpian. Es liegt sehr nahe, anzunehmen, dass Ulpian geschrieben habe edicitur, um dadurch das Rescript als ein solches zu bezeichnen, welches in Rom öffentlich aufgestellt worden war[1]).

9, 2 l. 2 § 2 Gai. l. 7 ad ed. prov.

...sed canis inter pecudes non est. longe magis bestiae in eo numero non sunt, veluti ursi leones pantherae. elefanti autem et cameli quasi mixti sunt (nam et iumentorum operam praestant et natura eoram fera est) et ideo primo capite contineri eas (eos) oportet.

In seinen Institutionen II, 16 bezeichnet Gaius die Elephanten und Kamele als animalia quae fere bestiarum numero sunt, und sagt: et ideo ad rem non pertinet, quod haec animalia etiam collo dorsove domari solent. Das sagt er allerdings in Bezug auf die Frage, ob sie zu den res mancipi zu rechnen seien, und man könnte an sich ja es für möglich halten, dass das für ihn nicht massgebend gewesen sei, wenn es sich um die Frage handelte, ob diese Thiere unter die Bestimmung des I. Capitels der lex Aquilia fallen. Man wird sich aber doch eher für Interpolation entscheiden, wenn man sich die sonderbare Ausdrucksweise ansieht, wonach 1. die

[1]) Vgl. Mommsen in dieser Zeitschrift XII S. 257 ff., besonders S. 259: „wenn das Rescript durch sofortige und officielle Promulgation zur allgemeinen Kunde gebracht wurde ... wird der Sache nach das Rescript zum Edict."

Kamele und Elephanten selber (nicht ihre Natur) als gemischt bezeichnet werden, 2. sie im ersten Capitel enthalten sein müssen (statt: es muss angenommen werden, sie seien enthalten, oder einfach continentur). Auch kann man genau genommen die Subsumption unter Cap. I nicht damit begründen, dass diese Thiere beides sind, wilde Thiere und Lastthiere, sondern nur damit, dass sie letzteres sind.

10, 2, l. 50 Ulp. l. 6 opin.

Quae pater filio emancipato studiorum causa peregre agenti subministravit, si non credendi animo pater misisse fuerit comprobatus, sed pietate debita ductus: in rationem portionis, quae ex defuncti bonis ad eundem filium pertinuit, computari aequitas non patitur.

Höchst unwahrscheinlich ist es, dass das classische römische Recht in einem Falle wie dieser die quaestio voluntatis aufgeworfen habe, was dagegen bekanntlich die Compilatoren mit grosser Vorliebe thun. Classisches Recht wird gewesen sein, dass, wenn nicht schon äusserlich ein zweifelloses Obligirungsgeschäft vorlag, dergleichen Beihilfen nicht als Nachlassforderungen gegen den emancipatus diesem auf seinen Erbtheil zugewiesen werden sollen. Der juristisch farblose Ausdruck subministravit deutet aber genugsam an, dass irgend ein obligirendes Geschäft nicht vorlag. Formell verdachterregend sind

1. die schleppende Wiederholung des Subjects pater;

2. das Abhängigmachen der Rechtswirkung (aequitas non patitur) nicht von der Thatsache, sondern vom Beweise derselben;

3. das völlig überflüssige sed pietate debita ductus.

Auch das eundem vor filium ist verdächtig; es kann ja nicht der geringste Zweifel sein, dass der filius eben der ist, von dem bisher allein die Rede war. Vgl. über die luxuriöse Verwendung von idem in justinianeischen Constitutionen meine Beitr. z. röm. Rechtsgesch. S. 238 f.

12, 2 l. 13 § 3 Ulp. l. 22 ad ed.

Si quis iuraverit vendidisse me ei rem centum, ex empto agere poterit, ut ei cetera praestentur, id est res tradatur et de evictione caveatur: an tamen ad pretium consequendum ex

vendito conveniri possit, videndum. et si quidem et de hoc iuratum est, quod pretium solutum est, nulla pro pretio actio superest: si vero hoc non fuerat iuratum, tunc consequens est de pretio eum teneri.

Der mit et si quidem beginnende Satz ist interpolirt. Dass, wenn Zahlung des pretium beschworen ist, auf Zahlung nicht mehr mit Erfolg geklagt werden kann, braucht nicht gesagt zu werden. Daran, dass de pretio geschworen worden, denkt aber Ulpian überhaupt nicht; der Grund, warum er bezüglich des pretium frägt, ist lediglich der Zweifel, ob aus dem Eid, den Jemand geleistet, auch gegen ihn Ansprüche hergeleitet werden können: der Ton liegt auf conveniri im Gegensatz zum vorausgehenden agere. Vgl. denselben Gegensatz im § 5, übrigens auch in § 4: Idem dicemus et si quis societatem fecisse iuraverit: nam et is pro socio poterit conveniri (statt nam et is pro socio non solum agere poterit, sed etiam conveniri).

12, 6, l. 65 § 1 Paul. l. 17 ad Plaut.

Et quidem quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur: nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse. sin autem evidens calumnia detegitur et transactio imperfecta est, repetitio dabitur.

Mit sin autem beginnt eine von den Compilatoren hinzugefügte Correctur. Unter calumnia muss doch wohl das verstanden werden, dass die lis, wegen der dann der Vergleich stattfindet, von der einen Seite wider besseres Wissen erhoben ist. In diesem Falle würde, glaube ich, nach classischem Recht zur Wiedererlangung des Gezahlten keine condictio, wohl aber act. doli zu gebrauchen sein, und dabei käme dann doch gewiss nichts darauf an, ob die calumnia „evident“ ist; es genügte, wenn sich der iudex vom Vorhandensein derselben überzeugte.

Für Interpolation spricht ferner, dass man nicht recht weiss, was transactio imperfecta est bedeuten soll, da doch auf Grund des Vergleichs gezahlt ist; sodann repetitio dabitur, wo es sich doch um Ertheilung der edictsmässigen condictio certae pecuniae handelt.

14, 1 l. 1 § 9 Ulp. l. 28 ad ed.

Unde quaerit Ofilius, si ad reficiendam navem mutuatos nummos in suos usus converterit, an in exercitorem detur actio. et ait, si hac lege accepit quasi in navem impensurus, mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem imputaturum sibi, cur talem praeposuerit. quodsi ab initio consilium cepit fraudandi creditoris et hoc specialiter non expresserit, quod ad navis causam accipit, contra esse: quam distinctionem Pedius probat.

Für interpolirt halte ich jedenfalls

1. die Worte imputaturum sibi cur talem praeposuerit. Sachlich ist anstössig das Hereinziehen einer culpa des exercitor, während doch bekanntermassen die Rücksicht auf diejenigen, welche mit dem Magister contrahiren, sofern sie correct verfahren sind, die Haftbarmachung des exercitor veranlasst hat, vgl. in der vorausgehenden Auseinandersetzung des § 5: omnia enim facta magistri debeo praestare qui eum praeposui, alioquin contrahentes decipientur. Formell weist das cur talem praeposuerit auf die Compilatoren, vgl. 9, 2, l. 11 § 27 cur tales habuit und Zeitschr. XIII, S. 122 f.;

2. die Worte et hoc specialiter non expresserit, quod ad navis causam accipit: es kann unmöglich angenommen werden, dass der Darlehensgeber nur dann geschützt wurde, wenn bei der Hingabe ausdrücklich hervorgehoben war, dass das Darlehen für Schiffszwecke aufgenommen werde. Wegen specialiter exprimere vgl. Cod. 8, 41, 8: nisi ipsi specialiter remiserint et hoc expresserint, und die interpolirten[1]) Digestenstellen 27, 1, 33 (evidenter expresserit) und 32, 68 § 3 (manifeste expressit).

Dass aber die Stelle im Uebrigen unverändert sei, möchte ich keineswegs behaupten.

16, 3 l. 1 § 35 Ulp. l. 30 ad ed.

Saepe evenit, ut res deposita vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur: ut puta si hoc nominatim convenit. sed et si se quis deposito obtulit, item Iulianus scribit, periculo se depositi illigasse, ita tamen, ut non solum dolum sed

[1]) Gradenwitz, Interpol. 205. 214.

etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos.

So kann Ulpian nicht geschrieben haben. Soll das ita tamen, als Einschränkung des periculo se illigare, Sinn haben, so müsste folgen: ut culpam dumtaxat et custodiam praestet. Möglich ist allerdings, dass nicht eine Interpolation, sondern eine Corruption des Textes vorliegt: dass tamen aus Versehen des Schreibers aus der folgenden Zeile (non tamen casus f.) nach ita eingesetzt worden, also da zu streichen ist.

17, 1 l. 29 § 2 Ulp. l. 7 disput.

Si, cum debitor solvisset, ignarus fideiussor solverit, puto eum mandati habere actionem: ignoscendum enim est ei, si non divinavit, debitorem solvisse: debitor enim debuit notum facere fideiussori, iam se solvisse, ne forte creditor obrepat et ignorantiam eius circumveniat et excutiat ei summam, in quam fideiussit.

Zunächst erweckt das ne forte[1]) und die folgende umständliche Auseinandersetzung Verdacht; dann wird man auch gewahr, dass mit debitor enim der soeben eingenommene Standpunkt (ignoscendum enim est ei u. s. w.)[2]) aufgegeben und mit einer culpa des debitor operirt wird, während es doch das allein Richtige ist, auf die Lage des Bürgen abzuheben: es kann ja sein, dass den Schuldner kein Verschulden trifft und doch dem Bürgen geholfen werden muss. Ein solches doctrinäres Einschwärzen der culpa habe ich den Compilatoren auch anderwärts nachgewiesen.[3])

Aus diesem Grunde wird auch im princ. des Fragments der Passus

potuit enim atque debuit reus promittendi certiorare fideiussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum

interpolirt sein, wofür formell ausser ne forte auch certiorare und suum fideiussorem spricht, vgl. Gradenwitz, Interpol. S. 235 ff. (wo übrigens diese Stelle und § 3 desselben Fragments fehlen) und S. 18 f. oben. Dass in der l. 29 noch vieles

[1]) Vgl. meine Beitr. z. röm. Rechtsgesch. S. 236. — [2]) Auch im pr. ist richtig darauf abgestellt, dass dem Bürgen kein Verschulden zur Last fällt (nihil est, quod ei imputetur). — [3]) Archiv f. d. civ. Prax. Bd. 84 S. 333 ff.



Andere nicht in Ordnung ist, hat Gradenwitz a. a. O. S. 33 f. angedeutet, ohne es im Einzelnen näher zu begründen. Lenel (II p. 413) hält auch die Worte ignoscendum bis solvisse im § 2 für interpolirt; es ist aus den obigen Bemerkungen ersichtlich, weshalb ich ihm hierin nicht folgen kann.

19, 2 l. 56 Paul. l. sing. de off. pr. vig.

Cum domini horreorum insularumque desiderant diu non apparentibus nec eius temporis pensiones exsolventibus conductoribus aperire et ea (ea et Momms.) quae ibi sunt describere, a publicis personis quorum interest audiendi sunt. tempus autem in huiusmodi re biennii debet observari.

Für interpolirt halte ich

1. das schlechterdings überflüssige nec eius temporis pensiones exsolventibus. Können denn die conductores ihre Miethe zahlen, ohne zu erscheinen? Und kann man eius temporis mit Bezug auf eine unbestimmte Zeitangabe (diu) sagen? Der Compilator hat schon das biennium des zweiten Satzes im Kopfe.

2. a publicis personis quorum interest: quorum interest für: „die es angeht“ (nämlich amtlich) ist sehr ungewöhnlich. Paulus wird hier Beamte genannt haben, die es nicht mehr gab, und dafür setzten die Compilatoren diese allgemeine und nichts weniger als classische Wendung.

3. tempus — observari. Diese der Behörde die Entscheidung, was im einzelnen Fall diu sei, abnehmende Bestimmung ist ganz in der Art ähnlicher von den Compilatoren vorgenommener Determinationen, wie non minus decem dierum 13, 5 l. 21 § 1 vgl. Gradenwitz, Interpol. S. 74, oder non minus quam triginta diebus 43, 19 l. 1 § 2, vgl. unten.

19, 5 l. 14 pr. Ulp. l. 41 ad Sab.

Qui servandarum mercium suarum causa alienas merces in mare proiecit, nulla tenetur actione: sed si sine causa id fecisset, in factum, si dolo, de dolo tenetur.

Ich fürchte, dass die Worte si dolo, de dolo eine übel angebrachte Steigerung der Compilatoren sind. De dolo teneri ist ungewöhnlich. Ist aber die actio, welcher der dolose Thäter haftet, die act. leg. Aquiliae, so wird sie ebenso

gut in factum zu concipiren gewesen sein[1]), als wenn die That einfach sine causa geschah; es fehlt also der Gegensatz. Dass aber die act. doli gemeint sei, ist nicht möglich: denn diese ist subsidiär, und dass im Falle des dolus die act. leg. Aquiliae nicht zuständig gewesen, ist völlig ausgeschlossen.

In dem folgenden § 1 ist der Schluss

criminali poena adversus eum servata

ohne Zweifel ebenfalls von den Compilatoren hinzugefügt.

27, 4 l. 1 § 4 Ulp. l. 36 ad ed.

Praeterea si tutelae iudicio quis convenietur, reputare potest id, quod in rem pupilli impendit .... quid ergo si iudex compensationis eius rationem non habuit, an contrario iudicio experiri possit? et utique potest. sed si reprobata est haec reputatio et adquievit, non debet iudex contrario iudicio id sarcire.

Da im Falle der reprobatio gegen den Compensanten, der nun die Forderung einklagen will, excᵒ rei iud. Platz greift (Ulpian l. 28 ad ed., D. 16, 2 l. 7 § 1), so wird von Ulpian in diesem Falle auch gesagt: amplius agi contrario iudicio non posse (D. 3, 5 l. 7 § 2). Wie der iudex im contrarium iudicium im Stande gewesen sein soll, id sarcire, falls excᵒ rei iudicatae in der Formel stand, ist nicht abzusehen. Stand sie aber nicht darin, konnte er dann die reprobatio berücksichtigen? War die Insertion der excᵒ r. iud. unterblieben, nicht weil Bekl. sie nicht opponirt hatte, sondern weil der Prätor sie denegirte: dann hatte der Prätor das sarcire besorgt, eben durch Denegation der exceptio. Wahrscheinlich hat Ulpian statt iudex geschrieben praetor, und also eine Weisung gegeben, der Prätor solle sich, auch wenn er der Meinung ist, die reprobatio sei im Vorprocess zu Unrecht erfolgt, nicht durch Denegation der excᵒ rei iud. über das erste Urtheil hinwegsetzen.

Von den Compilatoren ist natürlich auch das die Möglichkeit einer Appellation gegen Geschworenenurtheil voraussetzende et adquievit (man beachte auch den Subjects-Wechsel).

---

[1]) In factum, weil durch das Ins-Meer-werfen dem corpus der Sache unmittelbar noch kein Schaden geschieht. Vgl. 9, 2 l. 7 § 21 a. E.

27, 10 l. 16 § 3 Tryphon. l. 13 disput.

Sed quid, si nec ad hoc consensurus esset prodigus? sed per omnia iudicium testatoris sequendum est, ne, quem pater vero consilio prodigum credidit, eum magistratus propter aliquid forte suum vitium idoneum putaverit.

Der Satz sed per omnia u. s. w. giebt Antwort nicht auf die unmittelbar vorangehende Frage, sondern auf die im § 1 gestellte Frage: ob, wenn der Gewalthaber einem prodigus im Testament einen curator bestellt hat, dieser vom Prätor ohne Weiteres oder nur dann zu geben sei, wenn die Sachlage derart ist, dass auch ohne väterliche Bestimmung der prodigus zu interdiciren wäre[1]). Von dieser Antwort dürfte jedenfalls, was auf sequendum est folgt, von den Compilatoren sein. Propter aliquid forte suum vitium hat ganz das Gepräge des compilatorischen Stils; seltsam ist auch idoneus absolut gebraucht als Gegensatz zu prodigus; anstössig ferner das Perfect putaverit; endlich ist das, was verhütet werden soll (ne), nicht, dass der Magistrat den Sohn für ordentlich hält, sondern dass er ihn nicht entmündigt.

Dass Tryphonin zwischen die Frage des § 1 und die Antwort im § 3 die lange episodische Bemerkung im § 2 eingeschaltet habe, die im Anfang des § 3 mit einer nicht beantworteten Frage schliesst, ist doch auch sehr zweifelhaft.

28, 2, 13 pr. Iul. l. 29 dig.

Si ita scriptum sit: „si filius mihi natus fuerit, ex besse heres esto; ex reliqua parte uxor mea heres esto. si vero filia mihi nata fuerit, ex triente heres esto; ex reliqua parte uxor heres esto“, et filius et filia nati essent, dicendum est assem distribuendum esse in septem partes.... licet enim suptili iuris regulae conveniebat ruptum fieri testamentum, attamen cum ex utroque nato testator voluerit uxorem aliquid habere, ideo ad huiusmodi sententiam humanitate suggerente decursum est, quod etiam Iuventio Celso apertissime placuit.

---

[1]) Statt der langen Rede: an ita, si futurum esset, ut, nisi pater aliquid (!) testamento cavisset, praetor ei bonis interdicturus esset? et maxime, si filios habeat iste prodigus? wird Tryphoninus einfach geschrieben haben: an causa cognita. (Vgl. unten zu 3, 3, 40 pr., wo das causa cognita erläutert ist).

Vor allem kommt sachlich in Betracht, dass von Ruption des Testaments wegen Präterition eines Postumus keine Rede sein kann: weder der filius noch die filia sind präterirt. Dass man die subtilitas soweit getrieben habe, Ruption anzunehmen, weil der Fall, dass filius und filia kommen, nicht besonders vorgesehen war (wie Cujaz angenommen zu haben scheint [1]), halte ich nicht für möglich. Richtig wird sein, dass Julian ein Bedenken vorschwebte, da er auf die voluntas testantis recurrirt [2]; die Compilatoren haben es unternommen, dies bloss angedeutete Bedenken zu expliciren (wobei sie ja auch mit der voluntas des Testators operiren), es ist ihnen aber sehr schlecht gelungen. Das Bedenken wird sich darauf bezogen haben, ob nicht die Frau leer ausgehen müsse, da Sohn und Tochter geboren sind, somit, da ersterer auf $^2/_3$, letztere auf $^1/_3$ eingesetzt ist, das Ganze vergeben ist und mithin, da die Frau ex reliqua parte eingesetzt ist, die Regel der l. 17 § 3 de hered. inst. (28, 5) Platz greifen zu müssen scheint.

Sachlich und sprachlich anstössig ist ex utroque voluerit uxorem aliquid habere; der Testator wollte nicht, dass seine Frau von den Kindern etwas bekomme, sondern dass sie als Erbin etwas bekomme.

Sprachlich ist noch bedenklich conveniebat (statt conveniat), ruptum fieri (statt rumpi oder aber ruptum esse), das unnöthig nachdrückliche ideo, und ganz besonders apertissime placuit. Auch decursum est findet sich in interpolirten Stellen: 2, 14 l. 1 § 3 (s. diese Zeitschr. XIII, 133) und 16, 3, 1 § 18 (ib. VII, 68). Lenel (I, 392) schreibt ebenfalls den ganzen Passus den Compilatoren zu.

28, 3 l. 16 Pomp. l. 2 ad Q. Muc.[3]).

Cum in secundo testamento heredem eum qui vivit instituimus sive pure sive sub condicione (si tamen condicio existere potuit, licet non exstiterit) superius testamentum erit ruptum.

---

[1]) Wenn er ad h. l. sagt: si filius et filia nascantur, non rumpent testamentum, quia benigna interpretatione placet utrumque institutum videri (opp. I p. 925). — [2]) .. ita enim secundum voluntantem testantis filius u. s. w. — [3]) Ueber diese Stelle vgl. ausserdem noch diese Zeitschrift XIII S. 129 und 140.



Aus den sofort sich anschliessenden Worten:

multum autem interest qualis condicio posita fuerit: nam aut in praeteritum concepta ponitur, aut in praesens aut in futurum

ergiebt sich, dass bei den Worten sive sub condicione noch nicht speciell an die in futurum concepta condicio gedacht ist. Nur bei dieser wird aber im weiteren Verlauf der Stelle die Eigenschaft erfordert, dass sie existere potuit; bei den andern beiden Arten wird dagegen, ganz der Sache entsprechend, verlangt, dass sie vera sei bezw. dass sie (existent) sei. Die Worte si tamen bis exstiterit sind also aus dem Folgenden (si existere potuerunt licet non exstiterint) ungeschickter Weise hier eingeschoben.

28, 7 l. 23 Marcell. l. 12 dig.

„Uter ex fratribus meis consobrinam nostram duxerit uxorem, ex dodrante, qui non duxerit ex quadrante heres esto." aut nubit alteri aut non vult nubere. consobrinam qui ex his duxit uxorem, habebit dodrantem, erit alterius quadrans. si neuter eam duxerit uxorem, non quia ipsi ducere noluerunt, sed quia illa nubere noluerit, ambo in partes aequales admittuntur; plerumque enim haec condicio „si uxorem duxerit" „si dederit" „si fecerit" ita accipi oportet, quod per eum non stet quominus ducat det aut faciat.

Unseres Dafürhaltens hat Marcellus nur Folgendes geschrieben: Uter bis heres esto. consobrinam qui bis erit alterius quadrans. si neuter eam duxerit, ambo in partes aequales admittuntur.

Zunächt ist der Satz aut nubit alteri aut non vult nubere sicher nicht von Marcellus, denn die in Betracht kommenden Möglichkeiten sind hier durchaus nicht correct hingestellt. Aut nubit: nach dem Wortlaut der Einsetzung kommt es nicht auf das nubere der consobrina, sondern auf das ducere des einen oder andern Bruders an; vgl. im genuinen Texte die Worte qui ex his duxit und si neuter eam duxerit. Sodann „aut non vult nubere": auf das nolle nubere der consobrina kommt es doch allein nicht an, wenn der Eingesetzte $^3/_4$ bekommen soll, sondern auch auf sein velle ducere. Von Marcellus kann der Satz aber auch deswegen nicht sein, weil er offenbar auf den Satz non quia ipsi

ducere noluerunt u. s. w. Rücksicht nimmt, und dass dieser nicht von Marcellus ist, wird sogleich gezeigt werden. Ob aber unser Satz aut nubit u. s. w. Interpolation oder nachtribonianisches Glossem ist, wird sich schwer entscheiden lassen. Ich möchte eher das letztere annehmen, weil durch denselben der Fluss der Rede gar zu schroff, ich möchte sagen klobig, unterbrochen wird: der Satz consobrinam qui u. s. w., welcher sich an die referirte Einsetzung aufs Ungezwungenste anschliesst (in beiden ist von den fratres die Rede), will sich an den Satz aut nubit alteri u. s. w., in dem auf einmal die consobrina Subject ist, gar nicht anfügen.

Es sind aber auch die Worte non quia bis noluerit nicht von Marcellus, wie folgende einfache Erwägung klar ergibt. Wenn keiner der beiden Brüder die Base heirathet, und zwar, weil keiner sie will: ist dann die Entscheidung etwa eine andere, als: ambo in partes aequales admittuntur? Nur wenn diese Frage zu bejahen wäre, hätten die Worte non quia ipsi ducere noluerunt einen Sinn. Sie ist aber zweifellos zu verneinen; die Entscheidung kann auch in dem Falle, wenn keiner der Brüder die Base heirathen will, keine andre sein als: ambo in partes aequales admittuntur. Denn das ducere consobrinam ist ja nicht Bedingung der Erbeinsetzung, sondern Bedingung der grösseren Quote. Will keiner von beiden die Base heirathen, so ist für jeden von ihnen diese Bedingung deficirt, die Einsetzung aber als eine Einsetzung ohne Quotenbestimmung geblieben und folglich theilen sie den Nachlass hälftig. Genau so begründet bei gleicher Einsetzung Papinian die gleiche Entscheidung für den Fall, dass die Cousine gestorben ist, in der auf unser Fragment unmittelbar folgenden l. 24:

> Qui ex fratribus meis Titiam consobrinam uxorem duxerit, ex besse heres esto; qui non duxerit, ex triente heres esto. vivo testatore consobrina defuncta ambo ad hereditatem venientes[1]) semisses habebunt, quia verum

[1]) Die Worte ad hereditatem venientes sind schlechthin überflüssig, da es sich ganz von selbst versteht, dass sie semisses habebunt nur wenn sie wollen. Zu venire ad hered. vgl. Cod. VI, 51, 1 § 11 omnes venient ad legatum und meine Beitr. z. röm. Rechtsgesch. S. 242.



est eos heredes iustitutos, sed emolumento portionum eventu nuptiarum discretos.

Hiermit ist dann ohne Weiteres gegeben, dass auch die der Entscheidung ambo in partes aequales admittuntur beigegebene Begründung: plerumque enim bis zum Schlusse des Fragmentes nicht von Marcellus ist. Die getroffene Entscheidung ist ja auch dann zu treffen, si per eum stetit quominus ducat. Die angezweifelte Begründung setzt einen ganz andern Fall und eine andere Entscheidung voraus, als welche in dem Fragment vorausgehen; nämlich den Fall, dass der eine Bruder die Base heirathen will, sie aber ihn nicht will; und die Entscheidung, dass dieser Bruder nun gleichwohl $^3/_4$ bekomme (vgl. l. 31 de cond. et dem. 35, 1). Dass auch für diesen Fall die Regel, so wie sie hier steht, noch unvorsichtig gefasst ist, ist längst anerkannt[1]), und das spricht wiederum gegen die Autorschaft von Marcellus.

Ich möchte die beiden Sätze non quia etc. und plerumque enim etc. für Interpolationen der Compilatoren halten, die hier, wie auch sonst öfter, eine juristische Reminiscenz am unrechten Orte angebracht haben. Für ein späteres Glossem sind die Einschiebsel zu gross. Gegen Interpolation könnte man freilich geltend machen, es sei doch kaum glaublich, dass die Compilatoren, die in der l. 24 die richtige Begründung der Entscheidung ambo in partes aequales admittuntur vor sich hatten, in der l. 23 das ungeschickte Zeug, welches wir jetzt lesen, eingeschaltet haben sollten. Dies Bedenken erledigt sich aber dadurch, dass die l. 23 zur Edictsmasse, die l. 24 aber zur Papiniansmasse gehört. Die beiden Stellen haben also verschiedenen Subcommissionen vorgelegen; dass nach

---

[1]) Darum ist mir auch in dem Schlusssatz der oben besprochenen l. 31 de c. et dem. (35, 1): utroque autem vivente si quidem ipse nolit uxorem ducere, quia ipsius facto condicio deficit, nihil ex legato consequitur, der Begründungssatz verdächtig, denn er lässt die Auffassung zu, dass das nihil ex legato consequitur stets dann nicht gelte, wenn nicht ipsius facto condicio deficit, ist also ebenso unvorsichtig gefasst, wie die in Rede stehende, bekanntlich auch in die regulae iuris des liber VI decretalium unter No. 66 aufgenommene Regel. In derselben Richtung bewegen sich auch die von Pernice Labeo III S. 28 N. 3 (291) und S. 292 besprochenen Interpolationen in D. 28, 7 l. 8 § 7 und 32 l. 38 § 6.

Zusammenfügung der von den einzelnen Subcommissionen extrahirten Fragmente keine gründliche Superrevision des ganzen Digestenwerks mehr stattgefunden hat, ist bei der Kürze der den Compilatoren zur Verfügung stehenden Zeit so begreiflich wie verzeihlich.

Eine andere Stelle, wo die Compilatoren ebenfalls eine ihnen in den Sinn kommende Rechtsregel am unrechten Platz zum Besten geben, ist

35, 1, 34 Florent. l. 11 instit.

Nominatim alicui legatur (legetur?) ita „Lucio Titio", an per demonstrationem corporis vel artificii vel officii vel necessitudinis vel adfinitatis nihil interest: nam demonstratio plerumque vice nominis fungitur. nec interest, falsa an vera sit, si certum sit, quem testator demonstraverit.

In Jherings Jahrbüchern Bd. 23 S. 18 ff. habe ich durch Vorführung zahlreicher Quellenstellen, welche Beispiele einer falsa demonstratio enthalten, nachgewiesen, dass die Regel „falsa demonstratio non nocet", die der Schlusssatz unseres Fragments reproducirt, einzuschränken ist auf solche Fälle, wo neben der falschen Bezeichnung eine richtige Benennung oder anderweitige Charakterisirung sich findet oder umgekehrt. Die herrschende Meinung, welche eine solche Einschränkung nicht annimmt, unbekümmert um den Widerspruch, in den sie dadurch mit l. 9 pr. de hered. inst. geräth, kann sich hierfür allerdings auf unser Fragment berufen[1]: denn im Anfang steht eine Verfügung, die lediglich Benennung ist, und es ist nicht der geringste Zweifel, dass mit den Worten an per demonstrationem übergegangen wird zu Verfügungen, die lediglich mittelst Bezeichnung erfolgt sind. Es kann aber auch nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, dass der Jurist bei dem nominatim legare ausschliesslich an eine richtige Benennung, und ebenso bei dem per demonstrationem legare nur an eine richtige Bezeichnung gedacht hat. Was

[1]) Aber auch nur auf dieses: denn D. 35, 1, 33 pr. und Cod. 6, 24, 5 lassen die Frage, ob neben der falschen Bezeichnung noch eine richtige Benennung war, durchaus offen. Beide Stellen verschliessen übrigens der auf l. 9 de her. inst. verwiesenen herrschenden Meinung den Ausweg, dass für heredis institutio etwas Anderes in dieser Beziehung gelte, als für Legat.

er zum Ausdruck bringen will, ist ja nur dies: es ist zur Giltigkeit eines Vermächtnisses nicht erforderlich, dass der Honorirte genannt werde, es genügt auch eine Bezeichnung. Dem Compilator ist aber bei dem Worte demonstratio die Regel falsa demonstratio non nocet in den Sinn gekommen, und er setzte sie hinzu, ohne zu bedenken, dass der im Eingang der Stelle vorausgesetzte Thatbestand zu dieser Regel nicht passt, während er zu dem Satz, den Florentinus ausspricht, und zu der Begründung nam demonstratio plerumque vice nominis fungitur durchaus passt.

28, 7 l. 27 pr. Modest. l. 8 respons.

Quidam .. heredem scripsit sub tali condicione, si reliquias eius in mare abiciat. quaerebatur, cum heres institutus condicioni non paruisset, an expellendus est ab hereditate. Modestinus respondit: laudandus est magis quam accusandus heres .... sed hoc prius inspiciendum est, ne homo qui talem condicionem posuit, neque compos mentis esset. igitur si perspicuis rationibus haec suspicio amoveri potest, nullo modo legitimus heres de hereditate controversiam facit scripto heredi.

Hätte Modestin wegen des Inhalts der Bedingung Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit des Testators gehabt, so würde er wohl von dem, was prius inspiciendum est, auch zuerst gesprochen haben und nicht erst hinterdrein. Es ist eben der Compilator, dem dieser Gedanke gekommen ist. Dazu stimmt Verschiedenes im Ausdruck: über talis vgl. meine Beiträge zur röm. Rechtsgeschichte S. 229 f.; über neque (nec) statt ne quidem bei Justinian ib. S. 231 Note 11; esset statt fuerit. Die perspicuae rationes erinnern an die manifestae probationes (vgl. diese Zeitschrift VII S. 28); statt amoveri potest erwartet man amovetur und umgekehrt statt facit vielmehr facere potest. Eigenthümlich ist auch, dass der Testator nicht bis zum Beweis des Gegentheils als geistig gesund angesehen werden soll, sondern umgekehrt: dazu ist denn doch der Inhalt der Bedingung, die ja auch Modestin nur als inhumana bezeichnet, nicht angethan.

Sehr verdächtig ist auch noch die Frage: an expellendus est ab hereditate: bestenfalls ist dem Betreffenden,

trotz Nichterfüllung der Bedingung, die Erbschaft deferirt; ein solcher kann aber von der Erbschaft nicht „ausgetrieben" werden, da er sie ja noch gar nicht hat. Es scheint, dass gefragt war, ob die Erbschaft, wegen Deficienz der Bedingung (s. zu D. 35, 1, 31), caduc geworden sei. Zu der Annahme einer Interpolation stimmt der Indicativ in der indirecten Frage (Bd. VII dieser Zeitschrift S. 25).

30, l. 114 § 14 Marcian. l. 8 instit.

Divi Severus et Antoninus rescripserunt eos, qui testamento vetant quid alienari nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cuius respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam quasi nudum praeceptum reliquerint, quia talem legem testamento non possunt dicere.

Hier ist Verschiedenes nicht in Ordnung, aber schwer zu sagen, was von den Compilatoren herrührt, was sonstige Verderbniss ist; noch schwerer, was Marcian geschrieben haben mag.

In erster Linie fällt auf eos . . . nullius momenti esse scripturam. Es kann am leichtesten so erklärt werden, dass vor nullius e. m. scr. mehr oder weniger gestrichen wurde.

Wenn es sodann heisst: nec causam exprimunt . . . nisi invenitur persona u. s. w., so würde bestimmt sein: wenn causa expressa ist, so kommt es nicht darauf an, ob persona invenitur; nur wenn ein Motiv nicht angegeben ist, wird die Verfügung ausnahmsweise noch dadurch gehalten, dass das Veräusserungsverbot ersichtlich mit Rücksicht auf eine bestimmte Person ausgesprochen ist. Es wird aber den Kaisern doch wohl nur darauf angekommen sein, dass zu Gunsten einer Person so verfügt wurde (vgl. Pernice, Labeo 3 S. 61 Note). Exprimere ist ein beliebter Ausdruck in justinianeischen Gesetzen. Ausserdem ist anstössig id fieri velint. Was fieri? das non alienari! Da wäre es doch passender gewesen, zu sagen: id (das voranstehende alienari) fieri nolint.

Quasi nudum praeceptum reliquerint erklärt nichts; wenn die scriptura nullius momenti ist, dann ist das Veräusserungsverbot ein nudum praeceptum (offenbar dem nudum pactum nachgebildet).

Endlich quia talem legem testamento non possunt dicere ist erstens keine Begründung, sondern eine wiederholte

Behauptung. Zweitens eine Behauptung in sehr merkwürdiger Form. Ist, woran man zunächst denken wird, testamento Dativ, so ist der Begründungssatz sicher nicht von Marcian; denn man kann zwar legem dicere contractui, aber nicht seinem Testament, das ja selber, in gewissem Sinne wenigstens, eine lex ist. Denkt man sich testamento aber als Ablativ, so hat die Wendung, eben weil man unwillkürlich an das legem contractui dicere denkt, etwas Gezwungenes oder wenn man will Geziertes. Talis mit Beziehung auf Vorhergehendes ist auch Lieblingswort der Iustinianei.

39, 6 l. 37 § 1 Ulp. l. 15 ad leg. Iul. et Pap.

Iulianus ait: si quis servum mortis causa sibi donatum vendiderit et hoc vivo donatore fecerit, pretii condictionem donator habebit, si convaluisset et hoc donator elegerit. alioquin et ipsum servum restituere compellitur.

Das Referat, welches Ulpian gibt, muss stark geändert sein. Man stösst sich zunächst an dem umständlichen et hoc vivo donatore fecerit; statt dessen konnte einfacher gesagt werden si .. vivo donatore vendiderit. Sodann ist anstössig convaluisset statt convaluerit und die überaus schleppende Wiederholung des Subjects donator bei elegerit. Da ferner Julian in l. 19 h. l.[1]) dem Schenker ausdrücklich nur condictio des pretium gestattet, ist ersichtlich, dass alioquin — compellitur von den Compilatoren ist und eben mit Rücksicht auf diesen beabsichtigten Zusatz die Worte et hoc donator elegerit hinzugefügt sind.

Möglich, ja wahrscheinlich ist, dass bei restituere compellitur an actio in rem gegen den Käufer gedacht ist, so dass dieser Subject zu compellitur wäre. Denn man kann gegen einen, der nicht besitzt, zwar rei vindicatio anstellen, ihm auch Restitution anbefehlen, aber ein Zwang zum restituere ist da nicht möglich, und ebenso wenig ist annehmbar, dass unter dem restituere compelli der iussus iudicis auf Restitution verstanden sei. — Lenel (II, 949): et hoc vivo — compellitur Trib.

---

[1]) nec huic similis est, qui rem quam mortis causa acceperat, alii porro dederit: nam donator huic non rem sed pretium condiceret.

43, 22 l. 1 § 4 Ulp. l. 70 ad ed.

Hoc interdictum de cisterna non competit: nam cisterna non habet perpetuam causam nec vivam aquam. ex quo apparet in his omnibus exigendum, ut viva aqua sit; cisternae autem imbribus concipiuntur. denique constat, interdictum cessare, si lacus piscina puteus vivam aquam non habeat.

Worauf geht in dem Satze ex quo apparet u. s. w. das in his omnibus? Voran geht unmittelbar nur die Erwähnung der Cisterne. Man kann es füglich nur auf die im princ. des Fragments, wo das Edict referirt wird, erwähnten lacus, puteus, piscina beziehen. Das ist aber unerträglich, weil im Folgenden (denique constat u. s. w.) für eben diese Wasserbehälter das Erforderniss der aqua viva als etwas Feststehendes versichert, nicht als etwas aus früher Gesagtem Erhellendes angegeben wird. Hieraus ergibt sich zunächst, dass der Satz ex quo — concipiuntur seine richtige Stelle nach dem folgenden Satze denique — habeat hat; „in his omnibus" fasst lacus piscina puteus zusammen. Dann aber kann es kaum zweifelhaft sein, dass wir es mit einer Interpolation oder mit einer Glosse zu thun haben, die an den unrichtigen Platz gekommen ist. Fast scheint es, als seien die Worte cisternae autem imbribus concipiuntur erst beigefügt, als die Glosse ihren jetzigen unrichtigen Platz schon gefunden hatte.

43, 24 l. 7 § 3 Ulp. l. 71 ad ed.

Bellissime apud Iulianum quaeritur, an haec exceptio noceat in hoc interdicto, quod non tu vi aut clam feceris?... et ait Iulianus aequissimum esse hanc exceptionem dare: nam si tu, inquit, aedificaveris vi aut clam, ego idem demolitus fuero vi aut clam et utaris adversus me interdicto, hanc exceptionem profuturam. quod non aliter procedere debet, nisi ex magna et satis necessaria causa: alioquin haec omnia officio iudicis celebrari oportet.

Dass der Schlusssatz nicht von Ulpian sein kann, ist klar. Zunächst muss man fragen: was soll nicht procedere? Man muss an das zunächst Stehende denken, das prodesse der exceptio. Allein das hängt selbstverständlich nicht ab von dem Vorhandensein der magna causa; das procedere muss sich also auf das exceptionem dare beziehen. Warum aber sollte das

nur ex magna causa geschehen? Offenbar hat hier eingewirkt, dass nach späterem (jedenfalls nachulpianischem) Recht[1]) gegen das interd. unde vi die excα vitiosae possessionis nicht mehr zulässig ist; dabei ist aber der gewaltige Unterschied nicht beachtet worden, dass die vis des interdictum unde vi eine vis atrox ist, nicht aber die des interdictum quod vi aut clam. Endlich: wenn doch einmal die exc. gegeben würde sine magna causa, was könnte dann das officium iudicis ausrichten?

Sprachlich ist zu bemerken non aliter — nisi (vgl. meine Beitr. z. röm. Rechtsgeschichte S. 235) und celebrari (vgl. Gradenwitz, Interpol. S. 72 f.), wo sich unsere Stelle nicht findet)[2]). Lenel II, 836: quod non — oportet Tribon.

45, 1, 94 Marcell. l. 3 dig.

Triticum dare oportere stipulatus est aliquis: facti quaestio est, non iuris. igitur si de aliquo tritico cogitaverit, id est certi generis certae quantitatis, id habebitur pro expresso: alioquin si, cum destinare genus et modum vellet, non fecit, nihil stipulatus videtur, igitur ne unum quidem modium.

Gleich in dem gestellten casus ist oportere sicher, aliquis höchst wahrscheinlich nicht von Marcellus. Auf non iuris folgte dann die Auseinandersetzung des Marcellus, die gestrichen und durch ein ungeschicktes Resumé der Compilatoren ersetzt ist. Marcellus wird gesagt haben: wenn Stipulator und Promittent (nach den Vorverhandlungen) einig waren (nicht: wenn bloss der Stipulator das in Gedanken hatte) de certo tritico (nicht: de aliquo tritico, wozu die Erklärung id est certi g. c. q. gar nicht passt), so gilt die Stipulation als darüber abgeschlossen.

46, 3 l. 1 Ulp. l. 43 ad Sab.

Quotiens quis debitor ex pluribus causis unum debitum solvit, est in arbitrio solventis dicere, quod potius debitum voluerit solutum, et quod dixerit, id erit solutum . . . quotiens vero non dicimus, in quod solutum sit, in arbitrio est accipientis,

---

[1]) Auch wenn man über den Zusammenhang, in welchem diese Aenderung des älteren (noch von Gai. 4, 154 als geltend bezeugten) Rechts erfolgte, die Ansicht von Savigny (Besitz, 7 A., S. 448 f.) theilt. — [2]) Auch procedere ist ein in justinianeischen Constitutionen beliebtes Wort, cit. Beiträge S. 234.



cui potius debito acceptum ferat, dummodo in id constituat solutum, in quod ipse, si deberet, esset soluturus quoque debito se exoneraturus esset, si deberet, id est in id debitum, quod non est in controversia[1]), aut in illud, quod pro alio quis fideiusserat, aut cuius dies nondum venerat: aequissimum enim visum est creditorem ita agere rem debitoris, ut suam ageret. permittitur ergo creditor constituere, in quod velit solutum, dummodo sic constituamus (constituat?), ut in re sua constitueret, sed constituere in re praesenti, hoc est statim atque solutum est.

Dernburg, Pand. II § 55 Note 24 referirt zustimmend, dass nach Ubbelohde die Worte dummodo sic constituamus, ut in re sua constitueret ein eingeschobenes Glossem oder eine ungeschickte Interpolation seien. Für ein Glossem, das dann aber allerdings schon mit den Worten permittitur ergo beginnen würde, spricht, dass damit das von den Worten quotiens vero non dicimus an Gesagte in einer Art Summa recapitulirt wird[2]). Man kann nun Dernburg darin nur beistimmen, dass in die l. 1 und 3 h. t. Sinn und Zusammenhang nur zu bringen ist, wenn die Worte dummodo sic constituamus nicht von Ulpian sind. Denn wenn der Gläubiger so zu verrechnen hat, wie es dem Schuldner am vortheilhaftesten ist, so ist schlechterdings nicht einzusehen, warum er dies sofort beim Zahlungsact, wie es doch Ulpian am Schlusse des Fragments verlangt, erklären soll. Dagegen ist dies Erforderniss verständlich, wenn der Gläubiger dabei das Interesse des Schuldners zu wahren an und für sich nicht verpflichtet ist: die Erklärung des Gläubigers muss erfolgen, bevor der Zahlungsact vollendet ist, so dass der Schuldner, wenn er nicht einverstanden ist, die Zahlung noch zurücknehmen kann, wie umgekehrt der Gläubiger, wenn er mit der Erklärung des Schuldners nicht einverstanden ist, die Annahme verweigern kann: wie dies mit deutlichen Worten

[1]) Für Cujaz' Conjectur id est non in id debitum quod est in controversia sind, ausser der Sache, auch die Basiliken. — [2]) Dergleichen resumirende Summen können aber auch von den Compilatoren für Unterrichtszwecke gemacht sein, und es ist auch nicht unmöglich, dass sie resumiren, was sie zum Theil selbst gemacht haben.

von Florentin in l. 2 h. t. gesagt wird[1]). Und damit stimmt wieder Ulpian in l. 3 h. t., wo es in Fortsetzung des Schlusses von l. 1 heisst: ceterum postea non permittitur. haec res efficit, ut in duriorem causam semper videatur sibi debere accepto ferre: ita enim et in suo constitueret nomine. Denn haec res kann hier nur heissen: der Umstand, dass der Gläubiger in re praesenti seine Willensmeinung betr. die Verrechnung kundgeben muss. Dieser Umstand bewirkt zunächst, dass der Schuldner die Zahlung zurücknehmen kann, wenn ihm die vom Gläubiger beliebte Rechnung nicht gefällt; und da er dies thun wird, wenn der Gläubiger nicht in duriorem causam verrechnet, so bewirkt dieser Umstand in weiterer Folge, dass der Gläubiger stets in duriorem causam verrechnen wird[2]). So könnte Ulpian unmöglich sprechen, wenn der Gläubiger schon an und für sich, kraft ausdrücklicher Rechtsbestimmung, in duriorem causam verrechnen müsste.

Das Schlussergebniss ist: Ulpian hat nach den Worten in arbitrio est accipientis, cui potius debito acceptum ferat, nur noch geschrieben: dummodo in re praesenti constituat; alles Uebrige ist von den Compilatoren, die sich das aus dem missverstandenen Inhalt der l. 3 pr. h. t. zusammenklügelten[3]).

46, 3 l. 31 Ulp. l. 7 disput.

Inter artifices longa differentia est et ingenii .. et doctrinae .. ideo si navem a se fabricandam quis promiserit ... et hoc specialiter actum est, ut suis operis id perficiat, fideiussor ipse aedificans ... non consentiente stipulatore non liberabit reum.

Wenn die der Stipulation vorausgehende Verabredung das als den Sinn der Stipulation ergibt, dass der Promittent selber zu leisten hat, so ist es höchst überflüssig, die Entscheidung,

---

[1]) Dum in re agenda hoc fiat, ut vel creditori liberum sit non accipere, vel debitori non dare, si alio nomine exsolutum quis eorum velit. Dies non dare ist nicht mehr möglich, wenn solutum est; die Worte hoc est statim atque solutum est am Ende der l. 1 sind daher eine falsche Erklärung der echten Worte in re praesenti. Vgl. auch Cod. 8, 42, 1: tempore solutionis. — [2]) Die Worte ita enim et in suo constitueret nomine passen dazu nicht, wohl aber zu dem interpolirten Inhalt der l. 1; sie sind ebenfalls interpolirt. — [3]) Auch den § 1 der l. 3 h. t. halte ich für interpolirt.

die gegeben wird, damit zu begründen, dass inter artifices ein grosser Unterschied nach Beanlagung und Ausbildung sei. Die Compilatoren verräth auch das specialiter; der classische Jurist würde sich mit et hoc actum est, ut u. s. w. begnügen.

Vermuthlich ist auch non consentiente stipulatore von den Compilatoren, welche es lieben, bei jeder Gelegenheit derartige selbstverständliche Vorbehalte anzubringen.

47, 2 l. 62 § 7 Afric. l. 8 quaest.

Haec ita puto vera esse, si nulla culpa ipsius qui mandatum vel depositum susceperit intercedat: ceterum si ipse ultro ei custodiam argenti forte vel nummorum commiserit, cum alioquin nihil unquam dominus tale quid fecisset, aliter existimandum est.

Das mit den Worten ceterum si eingeführte Beispiel eines culposen Verhaltens des Mandatars, Depositars dürfte von den Compilatoren herrühren, denn es ist hervorragend ungeschickt. Dass der Mandatar, Depositar dem gekauften, deponirten Sclaven Geld anvertraute, während der Mandant, Deponent seinen Sclaven niemals solches Vertrauen bewies, kann man dem Mandatar, Depositar doch nur dann als culpa anrechnen, wenn er wusste oder doch wissen konnte (bei depositum müsste lata culpa vorliegen), dass der Mandant, Deponent nihil unquam tale quid fecit. Davon ist aber nicht die Rede, und es ist klar, dass man für gewöhnlich ein solches Wissen dem Mandatar, Depositar gar nicht zumuthen kann.

Stilistisch gemahnt an die Compilatoren forte und nihil unquam tale quid (vgl. meine Beiträge zur röm. Rechtsgeschichte S. 229 f.).

Es folgt nun noch eine kleine Nachlese von Stellen mit id est u. dergl., in Bezug auf welche zuzugestehen ist, dass die meisten ebenso gut Glosseme als Interpolationen sein können. Dass dergleichen Einschiebsel stets Glosseme seien (wie jetzt auch Lenel anzunehmen scheint), kann ich mit Rücksicht darauf, dass die Digesten auch dem Rechtsunterricht zu Grunde gelegt werden sollten, nicht zugeben: dieser Umstand musste doch unter Umständen auch den Compilatoren es als wünschenswerth erscheinen lassen, Erläuterungen beizufügen, die uns als unnöthig vorkommen.

2, 14 l. 7 § 8 Ulp. l. 4 ad ed.

Pactorum quaedam in rem sunt, quaedam in personam ... in personam, quotiens (paciscor) ne a persona petam, id est ne a Lucio Titio petam.

Dass die Erläuterung überflüssig ist, wird man nicht bestreiten. Schlimmer ist, dass sie gar nicht geeignet ist, die Sache klar zu machen. Denn wenn es im weiteren Verlauf heisst:

> utrum autem in rem an in personam pactum factum est, minus ex verbis quam ex mente convenientium aestimandum est: plerumque enim, ut Pedius ait, persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur, cum quo pactum factum est,

so ergibt sich, dass ein pactum ne a Lucio Titio petatur durchaus nicht immer ein pactum in personam ist.

3, 3, l. 40 pr. Ulp. l. 9 ad ed.

Pomponius scribit, non omnes actiones per procuratorem posse quem instituere. denique ut liberi, qui in potestate absentis dicuntur, ducantur, interdictum non posse (hier wird ausgefallen sein: procuratorem) desiderare ait, nisi, ut Iulianus ait, causa cognita, id est si et nominatim ei mandatum sit, et pater valetudine vel alia iusta causa impediatur.

Das id est passt hier schon an und für sich nicht; denn im Folgenden wird ja gar nicht angegeben, was „causa cognita" bedeute, sondern worauf bei der causae cognitio zu sehen sei. Was dann aber in dieser Richtung beigebracht wird, ist sehr fragwürdig:

1. im Thatbestand ist Abwesenheit des Vaters erwähnt; ist das nicht schon eine Verhinderung aus hinreichendem Grunde? Warum soll noch Krankheit oder dergleichen hinzukommen?

2. warum sollte Specialmandat nicht für sich allein genügen? Nach dem Wortlaut genügt es nicht, sondern es muss noch Verhinderung ex iusta causa dabei sein (et — et);

3. nominatim ist, wo nicht an Nennung des Namens gedacht ist (wie z. B. bei Gai. III, 166; IV, 53[a]), immer verdächtig.

13, 5, l. 3 § 1 Ulp. l. 27 ad ed.

Si quis autem constituerit quod iure civili debebat, iure praetorio non debebat, id est per exceptionem, an constituendo debeatur quaeritur: et est verum, ut et Pomponius scribit, eum non teneri, quia debita iuribus non est pecunia quae constituta est.

Schwerlich hat Ulpian es für nöthig erachtet, die Worte iure praetorio noch zu erklären; auch ist per exceptionem non debere (statt propter exc.) sehr auffallend. Uebrigens dürfte auch der Begründungssatz nicht in Ordnung sein. Vorab das iuribus; denn es ist ja der Fall gesetzt, dass iure civili ein debitum bestand. Die Begründung, die Ulpian gab, nahm augenscheinlich Bezug auf die Formelworte: „eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse" (l. 18 § 1 h. t.), und wird ausgeführt haben, dass für die Beurtheilung, ob pecunia debita war, für diese prätorische actio nicht das ius civile, sondern das ius honorarium massgebend sein müsse.

15, 3, l. 3 § 3 Ulp. l. 29 ad ed.

Proinde si servus sumpsit pecuniam, ut se aleret et vestiret secundum consuetudinem domini, id est usque ad eum modum, quem dominus ei praestare consueverat et rel.

Ulpian brauchte sicherlich nicht zu befürchten, es könnte Jemand die Worte secundum consuetudinem domini dahin missverstehen: „so wie der Herr sich selbst zu beköstigen und zu bekleiden gewohnt war"!

15, 3, l. 15 Ulp. l. 2 disput.

Si filius familias constituerit quod pater debuit, videndum est, an de in rem verso actio dari debeat. atquin non liberavit patrem: nam qui constituit, se quidem obligat, patrem vero non liberat. plane si solvat post constitutum, licet pro se videatur solvisse, hoc est ob id quod constituit, in rem tamen patris vertisse merito dicetur.

Die Erklärung ist, namentlich im Hinblick auf das vorausgehende se quidem obligat, absolut überflüssig. Uebrigens verlangt patrem vero non liberat, dass bei nam qui constituit noch etwas Weiteres gestanden habe, z. B. qui pro patre constituit.

16, 3, 1 § 37 Ulp. l. 30 ad ed.

.... si depositor decesserit et duo existant, qui inter se contendant, unusquisque solum se heredem dicens, ei tradendam rem, qui paratus est adversus alterum reum defendere, hoc est eum, qui depositum accepit.

Nach dem Zusammenhang kann nicht der geringste Zweifel darüber entstehen, wer unter reus zu verstehen sei. — Lenel II, 616: hoc — accepit gloss.

Uebrigens ist die Exposition et duo bis heredem dicens entschieden mehr compilatorisch, als ulpianisch.

17, 2, l. 63 § 5 Ulp. l. 31 ad ed.

... ad communicandas partes inter eos, id est exaequandas et rel.

Der vorausgeschickte Sachverhalt gestattet schlechterdings nicht, bei den Worten ad communicandas partes an etwas Anderes zu denken, als was mit id est u. s. w. gesagt wird. Benutzt ist der Schluss des § 5: ut pro socio actione consequi possit, ut utriusque portio exaequetur.

24, 1, l. 66 § 1 Scaevola l. 9 dig.

... priusquam ad eum transiret et priusquam aqua et igni acciperetur, id est nuptiae celebrentur, optulit decem aureos dono et rel.

Dass die Erklärung nicht von Scävola ist, beweist doch wohl das Präsens celebrentur. — Lenel II, 225 N. 2: gloss. aut Tribon.

25, 1, l. 5 § 3 Ulp. l. 30 ad Sab.

Utiles autem impensae sunt, quas maritus utiliter fecit, remque meliorem uxoris fecerit (quae meliorem rem uxoris fecerint Momms.), hoc est dotem.

Wohl Glossem; vorher ist von den impensae necessariae und ihrem Einfluss auf die dos die Rede, so dass Niemand zweifeln kann, was in unserem Fragmente res uxoris sei.

27, 5, l. 1 § 6 Ulp. l. 36 ad ed.

... nam ut pro tutore quis gerat, eam esse personam oportet, cuius aetas recipit tutorem, id est impuberem esse oportet.

Die Erklärung könnte man sich etwa gefallen lassen, wenn Ulpian nur nicht unmittelbar vorher sagen würde: si quis

quasi tutor negotia gesserit eius qui iam pubes est neque tutorem habere potest, protutelae actio cessat.

34, 1, l. 15 § 1 Scaevola l. 7 dig.

... quaesitum est, cum vivo testatore semper mancipia rustica tempore messium et arearum delegata fuerint et eo tempore cibaria ex ratione domini sui numquam acceperint ... an heres eius quoque temporis, id est messis et arearum, cibaria ... praestare deberet.

Die Ueberflüssigkeit des gesperrt Gedruckten ist um so einleuchtender, als schon vor dem erklärten eius temporis mit den Worten eo tempore auf das tempus messium et arearum zurückverwiesen ist.

34, 2, l. 34 § 1 Pompon. l. 9 ad Q. Muc.

quod ipsum quantum ad ipsam iuris obligationem pertineat, recte dicetur, id est ut ipso iure heres sit obligatus.

Die Erklärung ist unnöthig, da im Folgenden davon die Rede ist, dass mutata voluntas defuncti locum faciet doli mali exceptioni. Die Compilatoren werden sie aber für nützlich erachtet haben wegen der ungewöhnlichen und undeutlichen Wendung quantum ad ipsam iuris obligationem pertineat, welche so von Pomponius schwerlich geschrieben worden ist (ad ipsam unmittelbar nach quod ipsum klingt recht unschön). Vermuthlich stand etwas da, was deutlich Bezug nahm auf Damnationslegat [1]) und darum mit Rücksicht auf Justinians Unificirung der Legate geändert wurde.

43, 19 l. 1 § 2 Ulp. l. 70 ad ed.

Hoc interdicto praetor non requirit, utrum habuit iure servitutem impositam an non, sed hoc tantum, an itinere actuque hoc anno usus sit non vi non clam non precario, et tuetur eum, licet eo tempore, quo interdictum redditur, usus non sit. sive igitur habuit ius viae sive non habuit, in

---

[1]) Dass es sich um ein solches handelt, kann nicht zweifelhaft sein; vgl. Gai. II, 198 zweiter Satz. Die Worte „aurum quodcumque uxoris causa paratum esset, uti heres uxori daret" geben nicht den Wortlaut, und doch kündigen die Worte si maritus uxori ... legasset ita eine nach dem Wortlaut angeführte Verfügung an. Es scheint also hier schon die specifische Form heres uxori dare damnas esto beseitigt und dann gleich noch an Stelle des Citats das Referat gesetzt zu sein.



ea condicione est, ut ad tuitionem praetoris pertineat, si modo anno usus est vel modico tempore, id est non minus quam triginta diebus. neque ad praesens tempus refertur usus, quia plerumque itineribus vel via non semper utimur, nisi cum usus exegerit ita.

Ich habe schon früher (X, S. 320) den Nisi-Satz beanstandet, möchte aber jetzt annehmen, dass der ganze Passus von sive igitur habuit an von den Compilatoren zu Unterrichtszwecken hinzugefügt ist. Er sagt, mit einer gleich zu besprechenden Ausnahme, nichts, was nicht schon vorher gesagt wäre, sagt es aber theilweise schlechter. Man vergleiche: (praetor) tuetur eum mit in ea condicione est (der Besitzer), ut ad tuitionem praetoris pertineat; hoc anno mit anno, und licet eo tempore — sit mit neque ad praesens tempus u. s. w. Hinzugefügt ist — abgesehen von der famosen Begründung quia plerumque u. s. w. — eine Zeitbestimmung für das uti, und diese ist das Allerbedenklichste. Non minus quam triginta diebus heisst für gewöhnlich: an nicht weniger als 30 (verschiedenen) Tagen, m. a. W. dreissig Mal; das soll die Erklärung sein von modico tempore, was doch nur einen Zeitraum bezeichnen kann. Die Erklärung und das zu Erklärende passen also nicht zusammen! Aber noch mehr. Eine unbestimmte Zeitangabe, wie modico tempore, kann man durch eine Minimalbestimmung, nach der einen Seite hin, zwar determiniren, nimmermehr aber, wie es hier geschieht (id est), definiren. Es würde also etwa heissen müssen: non minus tamen quam tr. d.; id est passt schon an und für sich (ganz abgesehen von dem, was darauf folgt) nicht. Sollte etwa der Passus si modo — vel modico tempore (der sich dann an usus non sit anschliessen würde) von Ulpian sein, so ist das id est non minus quam triginta diebus ganz sicher von den Compilatoren. — Lenel II, 824 N. 3: id est ... diebus Tribon.?

43, 24, l. 15 § 5 Ulp. l. 71 ad ed.

.. nam causa cognita annuam exceptionem remittendam, hoc est magna et iusta causa ignorantiae interveniente.

Es ist hier das zu 3, 3 l. 40 pr. oben Bemerkte zu wiederholen. Dass es sich aber bei der causae cognitio um iusta causa ignorantiae handeln werde, ergeben zur Genüge die vorher erwähnten Beispiele: si is sit locus, in quo opus factum est, qui facile non adiretur ... sed et si sub terra fieret opus vel sub aqua vel in cloaca aliquid factum sit.

45, 1 l. 91 § 4 Paul. l. 17 ad Plaut.

... accessionibus quoque suis, id est fideiussoribus, perpetuant obligationem, quia in totam causam spoponderunt.

Paulus hat jedenfalls sponsores und fidepromissores unter den accessiones mitbegriffen. Hätte er nur die Fidejussoren gemeint, so wäre der Ausdruck spoponderunt, gerade nur in Bezug auf Fidejussoren verwendet, höchst befremdlich. Daher dürfte auch im Vorhergehenden:

> Pomponio perpetuare placet: quare enim facto suo fideiussor suam obligationem tollat?

der begründende Fragesatz von den Compilatoren sein[1]).

Lenel I, 1177 N. 1: id est fideiussoribus gloss.

---

[1]) Vgl. diese Zeitschrift VII, S. 23, II.

II.

Die ägyptischen Urkunden und das Eherecht der römischen Soldaten.

Von
Herrn Dr. **Paul Meyer**
in Berlin.

A. Zum Eherecht der römischen Bürgersoldaten in Aegypten unter Trajan.

1. Urkunde 140 des Berliner Museums.

Ἀν[τί]γρ(αφον) ἐπιστ[ολ(ῆς) τοῦ κυρίου μεθ]ηρ[μηνευ]-
μένης [...........]ω̣
[L.]= (sic) *Τραι[α]νο[ῦ Καίσαρος τοῦ κυρίο]υ*
[...]*π̣λίου Δ̣[.............]στικου λ*(?)[1])
[ὑπά?]τοις προε[τέθη ἐν Ἀλεξανδρείᾳ[2]) *ἐν τῇ] π[α]ρεμβολ(ῇ)*
τῆ[ς] χειμασία[ς λεγιῶνο(ς) τρίτης] Κυ[ρ]ηναικῆς
κ[αὶ λεγιῶνο(ς) [β̄] κ[αὶ εἰκο]σ̣τ̣[ῆ]ς Δηιοτεριανῆς
πρίδιε νύ[ν]ας Ἀουγο[ύσ]τας, ὅ ἐ̣σ̣τ̣ι̣ν̣ Μεσορὴ
ῑᾱ ἐν πριγκε[π]ίοι[ς].

Ἐπί[σ]ταμα[ι], Σίμμιέ μου, τ[ο]ύτους, ο[ὓ]ς οἱ
γονεῖς αὐτῶν τῷ τῆς στρατείας ἀνεί-
λα[ν]το χρόνῳ, τὴν πρὸς τὰ πατρικὰ
[ὑπάρ]χοντα πρόσοδον κεκωλῦσθαι,

---

[1]) Die Consulnamen haben hier sicher gestanden, obwohl der Raum sehr klein ist. Eine Ergänzung der Namen ist (zumal mir nur die Photographie zur Verfügung steht) unmöglich. Ich lese v. 4 ungefähr (*τι* od. *η*?) *λιου* ⌐̈— *στικου λ*. — [2]) cf. Edictum Claudii de civitate Anaunorum 2 sq.: idibus Martis Bais in praetorio edictum — propositum fuit . . .; U.B.M. 267, 13: *προετέθη ἐν Ἀλεξανδρείᾳ*. Wilcken ergänzt *προε[τέθη ἥδε ἡ ἐπιστολ(ὴ)? ἐν τῇ] παρεμβολ(ῇ)*.

[καὶ τ]οῦτο οὐκ ἐδόκει σκληρὸν [εἶ]ναι [τοὐν]αντίον αὐτῶν τῆ[ς] στρατιω[τ]ικῆ[ς] [διδα]χῆς πεποιηκότων. Ἥδιστα δὲ αὐτὸς προειέναι(sic) *τὰς ἀφορμάς, δι' ὧν τὸ αὐστηρότερον ὑπὸ τῶν πρὸ ἐμοῦ αὐτοκρατόρων σταθὲν φιλανθρωπότερ[ο]ν ἑρμηνεύω. Ὅνπερ τοιγαροῦν τ[ρόπ]ον οὔκ εἰσιν νόμιμοι κληρο[νόμ]οι τῶν ἑαυτῶν πατέρων οἱ τῷ [τ]ῆς στρατε[ί]ας χρόνῳ ἀναλ[η]μφθέντες, ὅμως κατ[ο]χὴ[ν] ὑ[πα]ρχόντων ἐξ ἐκείνου τοῦ μέ[ρ]ους τοῦ διατάγματος, οὗ καὶ τοῖς πρὸς [γ]ένους συνγενέσι δίδοται, αἰτεῖσθαι δύνασθαι καὶ αὐτοὺς κρε[ίν]ω. Ταύτην μου τὴν δωρεὰν καὶ τοῖς στρατιώταις ἐμοῦ καὶ τοῖς οὐετρανοῖς εὔγνωστόν σε ποιῆσαι δεήσει, οὐχ ἕνεκα τοῦ δοκεῖν με αὐτοῖς ἐνλογεῖν, ἀλλὰ ἵνα τούτῳ χρῶνται, ἐὰν ἀγνοῶσι.*

Uebersetzung:

Abschrift der Uebersetzung einer kaiserlichen epistula .... Im [10.(?)] Jahre unseres Herrn und Kaisers Trajan unter dem Consulate des ? erfolgte die öffentliche Bekanntmachung in Alexandria in dem Winterlager der legio III. Cyrenaica und der legio XXII. Deiotariana am 4. August, nach ägyptischer Rechnung am 11. Mesore, im Hauptquartier.

Ich weiss, mein Simius, dass die Kinder, welche ihren Eltern während der Dienstzeit des Vaters geboren sind, des Intestaterbrechtes gegenüber dem Letzteren beraubt sind; und dies scheint mir nicht hart zu sein im Hinblick darauf, dass die Eltern den militärischen Vorschriften entgegengehandelt haben. Mit Freuden will ich aber die Gelegenheit ergreifen, um die allzustrengen Bestimmungen meiner Vorgänger in milderer Weise auszulegen. Ich bestimme deshalb, dass, obschon die während der Dienstzeit ihrer Väter geborenen Kinder nicht legitimi derselben sind, ihnen dennoch erbrechtlich dieselbe Stellung gewährt werden soll, wie den in der

Classe unde cognati zur bonorum possessio Berufenen. Dieses von mir ertheilte Privileg bitte ich dich sowohl meinen Soldaten als den Veteranen bekannt zu machen, nicht als ob ich es ihnen anrechnen wollte, sondern damit sie, falls sie es nicht wissen sollten, Gebrauch davon machen. —

Die Urkunde enthält eine in Briefform gefasste Dienstinstruction und Vollmacht des Kaisers Trajan an den praefectus Aegypti C. Sulpicius Simius, den obersten militärischen Befehlshaber und Verwaltungsbeamten des Landes. Das Mandat, das in das Jahr 106 oder 107 zu setzen ist (am 4. August), bezieht sich auf die Kinder der activen Soldaten und Veteranen der legio III. Cyrenaica und legio XXII. Deiotariana[1]).

Wir haben es hier mit einer Abschrift aus den Originalacten zu thun, die zu bestimmtem Zweck angefertigt, übersetzt und in das Archiv des arsinoitischen Gaues aufgenommen ist. Das Mandat, an und für sich eine geheime Instruction des Kaisers an den Beamten, ist auf ausdrücklichen Befehl des Absenders (v. 28 sqq.) im Hauptquartier in Alexandria öffentlich bekannt gemacht (v. 5 sqq.) und steht dadurch auf gleicher Stufe mit den orationes principis in castris praetoriis recitatae (frgm. Vat. § 195; Cod. Theod. 7, 20, 2). Eine beglaubigte Abschrift der Bekanntmachung ist in das Archiv des Präfecten aufgenommen; unsere Urkunde ist die griechische Uebersetzung dieses Actenstücks.

Das kaiserliche Mandat hat also folgende Veränderungen in Bezug auf die äussere Form und die einzelnen Instanzen durchgemacht:

1. Lateinische epistula des Kaisers an den praef. Aeg.
2. Oeffentliche Bekanntmachung im Hauptquartier zu Alexandria in der (lateinischen) Armeesprache.
3. Officielle Abschrift derselben für das Archiv des praef. Aeg.
4. Private griechische Uebersetzung.

3. wird ungefähr folgendermassen gelautet haben:

N. N. cos. pridie nonas Augustas Alexandriae in castris hibernis legionis III. Cyrenaicae et legionis XXII. Deiotarianae

---

[1]) Die nähere Begründung und Ausführung der historischen Seite habe ich in einem Aufsatze im Hermes (XXXII, 215 f.) gegeben.

epistula imperatoris Caesaris Nervae Traiani Augusti proposita est in principiis:

Traianus Simio suo (salutem dicit). (Folgt der Inhalt.)

In der uns vorliegenden Uebersetzung (4.) ist hinzugefügt

a) die Bezeichnung als Abschrift und Uebersetzung (v. 1),

b) die ägyptische Datirung nach *α*) Regierungsjahren des Kaisers (v. 3: *L* [ῑ (?)] *Τραιανοῦ Καίσαρος τοῦ κυρίου*[1])), neben der nach Consuln (v. 4/5: N. N. *ὑπάτοις*[2])), die beibehalten[3]), und *β*) ägyptischem Kalender, neben der zugleich beibehaltenen römischen Monatsbezeichnung[4]) (v. 8: [*πρίδιε νόνας Αὐγούστας*] *ὅ ἐστιν Μεσορὴ ῑᾱ*).

Ausgelassen ist dagegen die Anrede des Kaisers in der epistula an den praef. Aeg.

Gehen wir jetzt auf den Inhalt der indulgentia ein! Sie enthält eine erbrechtliche Vergünstigung für Kinder aus geschlechtlichen Verbindungen, die nicht erst während, sondern schon vor der Dienstzeit geschlossen sind (v. 10 sqq.).

Für eigentliche Soldatenkinder gelten andere Bestimmungen, als für ihre vor oder nach der Dienstzeit geborenen Geschwister: im Gegensatz zu diesen, die legitim sind, entbehren sie als illegitim eines Intestaterbrechtes gegenüber ihrem Vater (v. 12 sqq.), der sich in Widerspruch gesetzt hat mit den Militärgesetzen (v. 15 sq.). Wir haben es also mit einer Ausnahmestellung zu thun, welche die Militärgesetze (leges Iuliae et

---

[1]) Der Titulatur *Τραϊανὸς Καῖσαρ ὁ κύριος* begegnen wir sonst U.B.M. 68: 213; 50; 101 in nicht amtlichen; 360 in einem amtlichen Schriftstück, ist aber nicht officiell. — [2]) Für die Uebersetzung des lateinischen abl. abs. durch den griechischen dat. abs. finden sich auch sonst Analogien: Kaibel, Inscr. 1055[b]; 2090; 1045; (830); U.B.M. 326 II; 586, 29; s. auch Monum. Ancyr. int. gr. 2 p. 198 (ed. Momms.). — [3]) Auch U.B.M. 326 II (aus d. J. 189) lesen wir neben einander: *πρὸ ῑε̄ Καλανδῶν Νοεμβριῶν* [*Δεκεμβριῶν* l.] *δυσὶ Σιλάνοις ὑπάτοις* und *L λ Αὐτοκράτορος Καίσαρος Μάρκου Αὐρηλίου Κομόδου Ἀντωνείνου.* Die doppelte Datirung ist auch hier zu erklären aus der griechischen Uebersetzung des lateinischen Originales unter Hinzufügung der ägyptischen Datirung. Es sind dies (U.B.M. 140 u. 326) die beiden einzigen uns bekannten ägyptischen Urkunden vor dem 4. Jahrhundert, in denen sich Datirung nach Consuln findet. — [4]) Ebenso U.B.M. 113, v. 8/9. Dagegen U.B.M. 265 ist die römische Datirung direct durch die ägyptische ersetzt, U.B.M. 326 der ägyptische Monat nicht hinzugefügt.

Papia Poppaea) den Soldaten zuweisen: das für die Allgemeinheit geltende ius commune ist während der Dienstzeit suspendirt, ein ius singulare tritt in Kraft.

Welche geschlechtlichen Verbindungen können nun an und für sich hier in Betracht kommen?

Sehen wir von der Frage der Rekrutirung der ägyptischen Legionen in trajanischer Zeit ab und erörtern alle Möglichkeiten, die hinsichtlich der Nationalität und dementsprechend der Art der geschlechtlichen Verbindung der Legionare vor ihrer Dienstzeit denkbar sind. Sie können vor ihrem Eintritt in die Legion 1. cives R., 2. peregrini gewesen sein. Die vorher geschlossene Verbindung kann daher sein

1[a]. matrimonium iustum iuris civilis;
1[b]. matrimonium iniustum (s. Meyer, Concubinat 32; 58);
1[c]. Concubinat;
2[a]. matrimonium iustum iuris peregrini;
2[b]. matrimonium iniustum zwischen cives Romanae und peregrini ohne conubium (s. Concubinat 31): diese Verbindung kommt nicht in Betracht.

Erwägen wir zuerst 1[b]: die aus solcher Verbindung stammenden Kinder stehen nicht in der potestas des Vaters, haben kein legitimum ius ihm gegenüber, in Folge dessen auch kein Intestaterbrecht.

2[a]. Mit dem Eintritt in die Legion wird der Mann civis R., die Frau bleibt peregrina, da das Militärgesetz eine Ehefrau nicht kennt. Aus der bisher vollgiltigen peregrinen Ehe ist also ein matrimonium iniustum geworden (s. 1[b]). Die vor der Dienstzeit geborenen Kinder hatten als peregrini ihrem pater peregrinus gegenüber volles Erbrecht, die dagegen während derselben zur Welt gekommenen haben als peregrini ihrem pater civis R. gegenüber kein Intestaterbrecht. Es besteht also zwar ein Unterschied zwischen den vor und während der Dienstzeit geborenen, aber deshalb können die aus einer solchen Verbindung stammenden Soldatenkinder hier nicht gemeint sein, weil sie erbrechtlich nicht anders gestellt sind als alle sonstigen aus solchem matrimonium iniustum stammenden Kinder.

1[c]. Ebensowenig kommt ein etwa vor dem Diensteintritt eingegangener Concubinat in Betracht. Von einem Intestat-

erbrecht der Concubinenkinder ist niemals bis auf Justinian (s. Concub. 154) die Rede; es braucht diese Thatsache also nicht besonders betont zu werden.

Demnach bleibt nur die Annahme eines vor dem Eintritt in die Legion[1]) schon bestehenden matrimonium iustum iuris civilis[2]) (1[a]) übrig, dessen rechtliche Wirkungen während der Dienstzeit suspendirt werden (Concub. 106 f.; 114). Die in dieser Zeit geborenen Kinder sind rechtlich den Concubinenkindern gleichgestellt, nicht legitimi heredes ihres „natürlichen" Vaters, haben als extranei kein Intestaterbrecht: dem entspricht der Wortlaut von v. 20 sqq.

Diesen im suspendirten matrimonium iustum geborenen Kindern der activen und inactiven Soldaten der legio III. Cyrenaica und legio XXII. Deiotariana gewährt Trajan die bonorum possessio unde cognati (v. 24 sqq.; s. Mitteis, Hermes 1895, 614). Sie bleiben unehelich, werden nicht Agnaten des Vaters, heredes legitimi (v. 20 sqq.), aber ihre Stellung als extranei wird insofern modificirt (v. 16 sqq.), als sie zum „Vater" in ein Cognationsverhältniss treten[3]).

2. Papyrus Cattaoui[4]) Col. II.

[L . . Τρ]αϊανοῦ, φαῶφι ἑβδόμῃ καὶ εἰκάδι· Λογγίνου τ(οῦ) . . . . εἰπόντος Ῥωμ(αῖ)ον ἑαυτὸν ὄντα ἐστρατ[εῦσθαι ἐν] σπείρῃ πρώτῃ Θηβαίων ὑπὸ Σεουῆ(ρον), συνῳκηκέναι δὲ

[1]) Ehe vor dem Diensteintritt s. Concubinat 102; ferner C.I.L. III, 6092. Verlobung vor dem Eintritt und Zusammenleben während der Dienstzeit (als sponsus und sponsa) im „legitimen Concubinat" C.I.L. VIII, 2857; 3065. — Wir finden Diensteintritt mit 23 Jahren C.I.L. VIII, 2103, 3148; mit 24 Jahren C. VIII, 3174, 3271; mit 25 Jahren C. VI, 2614; mit 32 Jahren C. VI, 2473; mit 34 Jahren C. III, 6596. — [2]) Dies bestätigt die uns aus anderen ägyptischen Urkunden bekannte Rekrutirung der ägyptischen Legionen in trajanischer Zeit: das Rekrutirungsmaterial derselben war schon am Anfang des 2. Jahrhunderts vor dem Eintritt in die Legion zum grössten Theile im Besitze des Bürgerrechts. Es setzte sich in erster Linie zusammen aus den ex castris und den Veteranen der auxilia und der Flotten (U.B.M. 113; 265), daneben wohl auch aus den *υἱοὶ κατοίκων* (filii militum castellanorum) (U.B.M. 562). Hierüber an anderem Orte! — [3]) Ueber die Bedeutung dieser Massregel in Hinsicht auf ägyptische Verhältnisse und die Regierungsmaximen des Trajan s. die Zusammenfassung S. 54 ff. — [4]) Dieser im Privatbesitz befindliche Papyrus ist von Botti in der Rivista Egiziana 1894 p. 529 sqq. herausgegeben —

ἐν τῇ στρατείᾳ γυν(αικ)ὶ Ῥωμαίᾳ, ἐξ ἧς πεπαιδοποιῆσθαι Λον(γίνι)ον Ἀπολλινάριον καὶ Λονγίνιον Πομπώ(νι)ον, οὕσπερ ἀξιοῖ ἐπικριθῆναι.

Λοῦ[πος λα]λήσας μετὰ τῶν νομικῶν εἶπεν· .... *εἶναι δύο ἐκ Ῥωμαίας* cet.[1]).

Uebersetzung:

Im .... Jahre des Trajan, am 27. Phaophi.

Longinus ...... giebt an, dass er, ein geborener civis R., seine Dienstzeit in der cohors I. Thebaeorum unter Severus absolvirt habe; während derselben habe er aber mit einer civis Romana zusammengewohnt, die ihm 2 Söhne, Longinius Apollinaris und Longinius Pomponius, geboren. Er beantragt nun, dieselben anzuerkennen.

Lupus entscheidet nach Berathung mit den rechtskundigen Beisitzern: ....

Wir haben einen Rechtsfall vor uns, der von dem praef. Aeg. M. Rutilius Lupus entschieden wird. Dieser fungirte, wie Hermes XXXII, 216 ff. dargelegt, mindestens vom Jahre 115 — beim Ausbruch des jüdischen Aufstandes war er schon im Amt — bis zum Ende der Regierung des Trajan. Unsere Urkunde fällt in oder kurz vor das Jahr 115 (aus diesem Jahre stammt die folgende Columne (III) des Papyrus).

Ἐπικριθῆναι hat hier keine speciell auf militärische Verhältnisse bezügliche technische Bedeutung, wie ich sie Philologus LVI, 206 ff. auseinandergesetzt habe. Vielmehr wird das Wort in dem nicht übertragenen Sinne von probari, confirmari = bestätigen, billigen, anerkennen (s. Fiebiger, de classium Italicarum historia et institutis [Leipziger Studien XV]

---

leider unvollständig — und von Scialoja im Bullettino dell'Istituto di diritto romano 1895 (VIII), 155 sqq. unverändert abgedruckt und durch eine auf antiquirtem Standpunkt stehende Abhandlung über das Eherecht der Soldaten vermehrt worden.

[1]) Botti speist uns, ohne den Wortlaut der Entscheidung weiter mitzutheilen, mit den Worten ab: „inutile il resto della sentenza, che è troppo lacunosa.“ Sein Resumé: „il magistrato non ammette la romanità della convivente od almeno que siano proprio di lei (lontana probabilmente dal marito che militava in Nubia) i due figli“ lässt sich daher in Bezug auf seine Richtigkeit nicht controlliren. Sicher ist jedenfalls, dass die Kinder nicht als eheliche anerkannt werden.

p. 422) gebraucht. Die Kinder sollen also „als eheliche anerkannt werden“.

Συνοικεῖν bedeutet hier ebensowenig wie bei Dio und Herodian „geschlechtlich beiwohnen“ (s. Concub. 96 f., dagegen Kübler in dieser Zeitschr. XVII, 364), vielmehr „zusammenwohnen“ schlechthin, wie dies auch Scialoja l.l. p. 165 erklärt. Ein Vergleich mit der 3. Columne (*ἀστὴν ἑαυτὴν οὖσαν συνεληλυθέναι Εἰσιδώρῳ*: s. S. 57) und der 5. des Papyrus (*ἐν τῷ συνβιώσεως χρόνῳ*) zeigt uns, dass in unserer Urkunde der Nachdruck auf dem örtlichen Zusammenwohnen liegt. Wir finden also schon unter Trajan ausnahmsweise, was erst Severus den Soldaten allgemein gewährte.

Ueber die Bedeutung von *νομικός* s. Mommsen in dieser Zeitschr. XII (1892), 293.

Longinus hat demnach während seiner Dienstzeit in der cohors I. Thebaeorum, die damals in Nubien stand, mit einer civis Romana „zusammengewohnt“. Er beantragt die rechtliche Anerkennung seiner aus dieser Verbindung geborenen Söhne. Dieselbe ist also als „legitimer Concubinat“ (s. Conc. 108; 110; 114) zu bezeichnen, der nach Beendigung der Dienstzeit in matrimonium iustum verwandelt ist. Von nachträglicher Legitimation der Kinder kann nicht die Rede sein: der Antrag ist also zweifellos von Lupus abgelehnt.

3. U.B.M. 114 Col. I v. 5—13[1]).

L— κ̄ θεοῦ Τραιανοῦ Τῦβι δεκάτῃ.
Λον[κ]ίας Μακρίνας διὰ Φανείου [ῥήτ]ορος εἰπούσης
ἀπαιτεῖν παρακαταθήκην ἐξ ὑπαρχόντων
Ἀντωνίου Γερμανοῦ στρατιώτου τετελευτηκό- (sic)
τος Λοῦπος εἶπεν· Νοοῦμεν ὅτι αἱ παρακα-
ταθῆκαι προῖκές εἰσιν. Ἐκ τῶν τοιούτων αἰτιῶν
κριτὴν οὐ δίδωμι. Οὐ γὰρ ἔξεστιν στρατιώτην
γαμεῖν. Εἰ δὲ προῖκα ἀπαιτεῖς, κριτὴν δίδωμ[ι,]
δόξω πεπεῖσθαι νόμιμον εἶναι τὸν γάμον.

Uebersetzung:

Im 20. Jahre des divus Traianus am 10. Tybi.
Auf die Forderung der durch den Rechtsbeistand Phaneus

[1]) Kurz behandelt von Mitteis (Hermes 30 [1895], 584 f.).

vertretenen Lucia Macrina, ihr aus der Hinterlassenschaft des Soldaten Antonius Germanus ein depositum zurückzuerstatten, entscheidet Lupus: Es handelt sich hier nicht um einen Deposital-, sondern um einen Dotal-Vertrag. Unter sothanen Umständen kann ich keine richterliche Entscheidung gewähren; denn der Soldat hat kein ius conubii. Stellst du aber die actio rei uxoriae an, dann will ich deinem Klageantrag nachgeben unter der Fiction, es handle sich um ein matrimonium iustum. —

In der U.B.M. 114 haben wir es mit den Abschriften mehrerer Entscheidungen zu thun, die sich auf die eherechtlichen Verhältnisse der Soldaten während der Dienstzeit beziehen. Sie sind wohl, um die Entscheidung in ähnlichen Fällen zu erleichtern, bei irgend einer Gelegenheit (nach dem Jahre 134, aus dem die dritte Entscheidung stammt: s. S. 63) zusammengestellt und zur jederzeitigen Benutzung dem Archiv von Arsinoe einverleibt.

Col. I v. 14 sqq. und Col. II (s. S. 61 ff.) haben wir es mit einem Auszug aus dem Journal (s. Wilcken, Philologus 1894, 107) eines vom praef. Aeg. Sex. Petronius Mamertinus delegirten *ἀρχιδικαστής* zu thun; Col. I v. 1—13 mit Auszügen aus dem Journal des oben erwähnten praef. Aeg. M. Rutilius Lupus.

Die Entscheidung des hier in Betracht kommenden Falles (v. 5—13) ist vom 5. Januar 117 datirt. Sie betrifft die rechtlichen Beziehungen zwischen einem verstorbenen Bürgersoldaten und einer civis Romana, die sich während der Dienstzeit des Ersteren ergeben haben. Der Statthalter geht von dem für das Militärrecht grundlegenden Satze aus: der Soldat hat kein ius conubii; macht dann aber von diesem in jener Zeit sonst niemals durchbrochenen Princip eine Ausnahme.

Die beiden obengenannten Personen haben bei Eingehung ihrer Verbindung einen Vertrag in Form eines depositum geschlossen und dadurch den dotalrechtlichen Charakter zu verdecken gesucht.

Wir haben es hier mit einer specifisch ägyptischen Sitte zu thun, die sich auch unter den ägyptischen Griechen einbürgerte. Der Gebrauch schriftlicher Ehecontracte ist obligatorisch. *Οὐκ ἦν γνήσιος ὁ γάμος, εἰ μὴ ὁ ἱερεὺς ὁ τῆς θεοῦ ἐν τοῖς γαμικοῖς συμβολαίοις ὑπεσημήνατο χειρὶ τῇ ἑαυτοῦ*, heisst es bei Pho-

tius (Biblioth. 242 p. 338 B. 26 ed. Bekker): Nur der ἔγγραφος γάμος ist giltige Ehe (im Gegensatz zum römischen Recht) (s. Papyr. Rainer n. 1521—1524 = Wessely, Corp. Pap. Rain. I n. 28). Einen regelmässigen Bestandtheil der γαμικὰ συμβόλαια bildet eine fictive Mitgift, welche der Mann empfangen soll, die aber in Wahrheit ein verschleiertes Brautgeschenk ist, das der Mann zu geben verspricht. Es ist gekleidet meistens in die Form eines Darlehns als allgemeinster Art des Credites (Beispiele s. Wessely, l. l. n. 21 sqq.; Pap. Cattaoui, Col. I und V; U.B.M. 114 I v. 14 sqq.: s. S. 61 ff.), aber auch in die eines Depositum (wie in unserem Fall und Wessely l. l. n. 29). Solche Eheverträge repräsentiren also ein schriftliches Zahlungsversprechen, bei dem die causa obligationis nebensächlich ist; es sind abstracte Literalverträge, die zu vergleichen sind der römischen stipulatio (s. Mitteis, Reichsrecht u. Volksrecht 468 ff.).

Das ägyptisch-griechische Recht erkennt solche Verträge sowohl ehe- als vertragsrechtlich an und dementsprechend auch die römische Praxis, die gerade auf dem Gebiete des Eherechtes die ägyptischen Eigenthümlichkeiten möglichst schonte (Mitteis l. l. 57).

Anders verhält es sich aber, sobald Soldaten in Betracht kommen, deren eheliche Verbindungen von den Militärgesetzen ignorirt werden.

Nicht nur peregrine (wie wir später sehen werden), sondern auch Bürgersoldaten scheinen sich mit Vorliebe solcher fingirter vermögensrechtlichen Verträge bedient zu haben, um dem strengen Militärgesetz ein Schnippchen zu schlagen. Gestützt auf die ägyptisch-griechische Sitte hofften sie wenigstens auf Anerkennung des Vertrages, d. h. auf Gewährung der aus dem Ehevertrage für die Frau und die Erben des Mannes (s. Mitteis, Hermes l. l.) entspringenden vermögensrechtlichen Vortheile.

Ein wie gewöhnliches und übliches Requisit der römischen Soldaten solche Verträge geworden waren, zeigen uns die Worte des Papyr. Cattaoui Col. V (vom 23. November 136): τοῦ δὲ κατηγόρου λέγοντος τοῦτο εἶναι γαμικὸν συμβόλαιον, τοὺς γὰρ στρατευομένους οὕτως συμβάλλειν. Auf diesen Einwand des Klägers entscheidet dort der Richter: τὸ... δάνειον ἐκβάλλω ἐκ παρανόμου γάμου γενόμενον: Der fictive

Vermögensvertrag ist gegründet auf die geschlechtliche Verbindung des Soldaten; Ehe eines solchen existirt vor dem Militärgesetz nicht. Deshalb ist weder ein Dotal- noch ein Darlehnsvertrag zu Stande gekommen; der abstracte Literalvertrag (welches auch die causa obligationis sein möge) ist nichtig.

Dementsprechend müsste Lupus auch in unserem Fall von Rechtswegen urtheilen und sowohl die actio depositi als die actio rei uxoriae abweisen, wie er denn auch erklärt: *ἐκ τῶν τοιούτων αἰτιῶν κριτὴν οὐ δίδωμι.* Er operirt aber folgendermassen: Ein Vermögensvertrag liegt nicht vor, die Contractsklage ist daher abzuweisen[1]). Gemäss den Militärgesetzen liegt auch kein Dotalvertrag vor; denn aus einer von einem Soldaten geschlossenen geschlechtlichen Verbindung ergeben sich keine rechtlichen Wirkungen. Giebt aber die Klägerin durch Anstellung der actio rei uxoriae zu, dass es sich bei der Forderung um eine (fictive) dos, nicht um ein depositum handelt, dann will ich einmal Gnade vor Recht walten lassen und in diesem einen Fall vom Eheverbot für die Soldaten absehen.

Damit soll kein Präcedenzfall geschaffen werden für die während der Dienstzeit der Soldaten bestehenden Verhältnisse. Immerhin aber bleibt diese Entscheidung charakteristisch für die unter Trajan den Soldaten und speciell der ägyptischen Landessitte gegenüber an den Tag gelegte Connivenz.

Gerade in Aegypten bestand, wie in keinem anderen Lande, ein inniges Band zwischen den Landesbewohnern und den Soldaten. Sie waren eng verwachsen mit ägyptischen Sitten und Gebräuchen.

Die Soldateska der Ptolemaeer hatte im Anschluss an Massnahmen Alexander d. Gr. (*κάτοικοι* und *ἐπίγονοι*; s. Philologus LVI, 193 ff.) in Bezug auf ihren Verkehr mit dem weiblichen Geschlecht, ein sich daraus ergebendes Familienleben und rechtliche Wirkungen immer grosse Freiheiten genossen.

[1]) In dem von Mitteis, Hermes l. l., angeführten Fall D. 16, 3, 27 liegt umgekehrt ein giltiger Depositalvertrag vor. Dementsprechend wird die actio depositi de peculio gegen den Eigenthümer des Sclaven gewährt, während bei contubernium (wie es dort zwischen ingenua und servus vorliegt) natürlich von einer Dotalklage nicht die Rede sein kann.



Wohl oder übel mussten nach der Occupation des Landes die Römer diesen Gepflogenheiten (s. de bello civ. 3, 110; Tacit. hist. 3, 47) Rechnung tragen.

So bildet Aegypten den Ausgangspunkt für Massnahmen der römischen Kaiser auf militärischem Gebiete, die erst allmählich auf das übrige Reich übertragen wurden. Es waren ptolemäische Einrichtungen, die sie in ein neues Gewand kleideten: Unter Tiberius wurde hier das Institut der ex castris ins Leben gerufen; unter Augustus finden wir, ebenso wie unter den Ptolemaeern, Leute ausländischer Nationalität, die sich als ἐπιγονῇ κατοίκων (s. Wessely, Corp. Pap. Rain. I n. 224 v. 3) bezeichnen. Im Laufe des 1. Jahrhunderts der Kaiserzeit tritt an ihre Stelle die in mancher Hinsicht privilegirte Classe der υἱοὶ κατοίκων, deren Listen aus trajanischer Zeit uns U.B.M. 562 v. 14 sqq. begegnen. Im 3. Jahrhundert treffen wir einen erblichen Soldatengrundbesitzerstand an allen Grenzen des Reiches als milites castellani (Militärdiplom n. 90; s. Concub. 120 ff.).

Es ist ein gerade den Massnahmen Trajans zu Grunde liegendes Bestreben, jedem Lande seine Eigenart möglichst ungeschmälert zu lassen. Dies Bestreben äussert sich in Bestimmungen und Entscheidungen, wie sie uns in dem Mandat an Simius, in den beiden aus der Präfectur des Lupus stammenden Urkunden vorliegen. Sie sind specieller und beschränkter Natur und haben, wie so Manches aus der Regierungszeit des Trajan, keinen festen Bestand gehabt.

Der Kaiser gewährt den im suspendirten matrimonium iustum geborenen Kindern der Soldaten der legio III. Cyrenaica und legio XXII. Deiotariana, die jetzt zum grössten Theil aus Aegyptern rekrutirt wurden, die bonorum possessio unde cognati[1]); der unter ihm amtirende praef. Aeg. Lupus giebt

[1]) Mit dieser Verfügung stehen in gar keinem Zusammenhang die Vergünstigungen, die nach Plinius panegyricus c. 37 sqq. Trajan, die Bestimmungen Nervas erweiternd, den novi cives gewährt. (Mitteis, Hermes l. l. S. 614 glaubt einen Zusammenhang zu erkennen.) Plinius spricht von Massregeln des Kaisers, durch welche er allen Eltern resp. Kindern, die per Latium oder durch kaiserliches Rescript das Bürgerrecht erhalten hatten, gegenseitige Befreiung von der vicesima hereditatium et legatorum auch ohne Ertheilung der iura cognationum und ohne redactio in patriam potestatem (die nicht etwa fictiv aufzufassen

der „Frau“ eines verstorbenen Soldaten die actio rei uxoriae; wir finden zu gleicher Zeit einen Soldaten der cohors I. Thebaeorum, der während der Dienstzeit mit der „Frau“ zusammengewohnt hat..

Das Mandat Trajans enthält eine nur den beiden in der Vorstadt von Alexandria, in Nicopolis, kasernirten ägyptischen Legionen ertheilte Vergünstigung: den beiden einzigen Truppentheilen neben den cohortes praetoriae und urbanae in Rom und Lyon [1]), die eine städtische Garnison hatten. Wie diese in eherechtlicher Beziehung schon im 1. Jahrhundert vor den Legionen bevorzugt waren (s. Conc. § 30), so erhalten durch Trajan die „ägyptischen Gardetruppen“ analoge Privilegien.

Ob nach Schaffung der legio II. Traiana Fortis im Jahre 108 die Soldaten derselben die gleichen Vergünstigungen erhielten, muss dahingestellt bleiben. Von einer Erneuerung der Bestimmung durch die folgenden Kaiser, wie dies hinsichtlich

ist) zu Ungunsten des Fiscus gewährt. Es handelt sich 1. um testamentarisches Erbrecht (Dio 55, 25), 2. um Neubürger, deren ursprünglich peregrines matrimonium nach der Bürgerrechtsertheilung in matrimonium iustum iuris civilis verwandelt worden war. — Ich muss Huschke (Gaius, Leipzig 1855 S. 20; s. auch Voigt, ius naturale III, 1157 n. 1793; eine entgegengesetzte Ansicht vertreten Francke, Geschichte Trajans S. 446 ff.; de la Berge, Essai sur le règne de Tr. p. 141) darin beipflichten, dass „Plinius nur römische Bürger als Eltern oder Kinder vor Augen hat, welche von römischen Bürgern als Eltern oder Kindern erbten“. (Dafür spricht auch c. 37: etiamsi cognationum iura non recepissent, quum civitatem adipiscerentur.) Ob er aber auch Recht hat mit der allgemeinen Behauptung, dass nur von Römern an Römer vererbte Vermögen der Steuer unterliegen, will ich dahingestellt sein lassen. Es ist richtig, dass der „Zwanzigste“ nur von römischen Bürgern entrichtet wird (s. Bachofen, Ausgewählte Lehren des röm. Civilrechts, Bonn 1848 S. 333). Peregrine haben Bürgern gegenüber auch kein testamentarisches Erbrecht (Gaius II, 110; 275); eine Ausnahme gestattet nur Antoninus Pius für liberi peregrini gegenüber dem pater civis R. (Pausan. 8, 43, 5). Erbschaften peregriner Rechtsgenossen gegenüber geniessen Peregrine Immunität; eine Ausnahme besteht nur für die cives Alexandrini (Pap. Cattaoui Col. III: s. S. 60). Caracalla will mit seiner Bürgerrechtsertheilung vor Allem die Peregrinen der Steuer unterwerfen. Letztwillige Zuwendungen von Peregrinen an Römer aber haben wohl schon vorher keine Steuerfreiheit genossen (vgl. z. B. den Cic. ad famil. 13, 30, 1 angeführten Fall aus republicanischer Zeit).

[1]) Dort lag die coh. XIII. urbana (Tacit. Ann. 3, 41, hist. 1, 64; Annal. dell'Ist. 1853, 74; Kieler Monatsschrift 1853, 651).



der libera testamentifactio der Soldaten durch Titus, Domitian, Nerva, Trajan geschah, die damit ein fester Bestandtheil der Dienstordnung wurde, hören wir nichts. Wir haben es wohl mit einer noch unter Trajan wieder aufgehobenen indulgentia zu thun, die in allgemeinem Umfang wieder aufgenommen wurde am Ende des 2. Jahrhunderts durch die Uebertragung des Institutes der ex castris auf das suspendirte matrimonium iustum iuris civilis (Conc. 111).

In noch höherem Grade gilt dieser ephemere Charakter von den Thatsachen, die wir aus den anderen beiden Urkunden kennen lernen. Jedenfalls aber sind sie bezeichnend für die Regierung Trajans und die Sonderstellung der ägyptischen Truppen.

B. Das Eherecht der peregrinen Soldaten.

1. Papyrus Cattaoui Col. III.

L ιη Τραϊανοῦ Παῦνι ι.

Χρωτίδος διὰ Φιλοξένου ῥήτορος εἰπούσης ἀστὴν ἑαυτὴν οὖσαν συνεληλυθέναι Εἰσιδώρῳ ἀστῷ· μετὰ ταῦτα δὲ στρατευσαμένου ἐκείνου εἰς Χώρτην ἐσχηκέναι ἐξ αὐτοῦ υἱὸν Εἰσίδωρον, περὶ οὗ ἐντυνχάνει ἀξιοῦσα, εἰ ἠμελήθη, ἀπαρχὴν αὐτοῦ ἀποτεθῆναι. Ὅτι δὲ υἱός ἐστιν ἐκείνου, ἐγ διαθήκης, ἣν ἔγραψε, φανερὸν εἶναι. κληρονόμον γὰρ αὐτὸν τῶν ἰδίων ἀπολελοιπέναι................[1]. *Ἀναγνωσθείσης διαθήκης Ἰουλίου Μαρτιανοῦ στρατιώτου σπείρης πρώτης Θηβαίων......*

Λοῦπος λαλήσας μετὰ τῶν (νομι)κῶν εἶπεν· οὐκ ἐδύνατο Μαρτ(ιανὸς) στρατευόμενος νόμιμον υἱὸν ἔχ(ειν), κληρονόμον δὲ αὐτὸν ἔγραψεν νομί(μως).

Uebersetzung:

Im 18. Jahr des Trajan am 10. Payni.

Khrôtis giebt durch ihren Vertreter Philoxenus an, dass sie, eine Alexandrinerin, eine Verbindung eingegangen sei mit dem Alexandriner Isidorus. Nachdem jener darauf Soldat geworden und in Khortis stationirt sei, habe sie ihm einen Sohn Isidorus geboren. In Betreff desselben stelle sie den Antrag, die vicesima hereditatium, wenn es unterlassen sein sollte, zu

[1]) Ich bin auf die von Botti mitgetheilten Bruchstücke der Urkunde angewiesen.

hinterlegen (?). Dass er aber der Sohn des Isidorus sei, werde offenkundig aus dem von diesem hinterlassenen Testamente; denn in demselben habe er ihn zum Erben seines Vermögens eingesetzt. . . . . Nach Verlesung des Testamentes des Iulius Martianus, Soldaten der cohors I. Thebaeorum, entscheidet Lupus nach Besprechung mit den rechtskundigen Beisitzern: Martianus konnte während seiner Dienstzeit keinen legitimen Sohn erhalten; vollkommen rechtmässig aber hat er denselben im Testament zum Erben eingesetzt.

Es handelt sich um eine Entscheidung des oben (S. 50) genannten praef. Aeg. M. Rutilius Lupus, die datirt ist vom 4. Juni 115.

Isidorus und Khrôtis leben zusammen in einem matrimonium Alexandrinum, müssen sich aber trennen, als Ersterer als Soldat in die an der nubischen Grenze stationirte cohors I. Thebaeorum eintritt. Als solcher erhält er den Namen Iulius Martianus (Isidorus), ohne aber mit der römischen Nomenclatur auch zugleich das römische Bürgerrecht zu erhalten. Bald darauf wird ihm ein Sohn Isidorus geboren, der schon vor seinem Diensteintritt concipirt ist. Iulius Martianus stirbt als Soldat und setzt in seinem Testamente den Isidorus zum Erben ein. Die Mutter stellt auf Grund dieser testamentarischen Erbeseinsetzung ihres Sohnes den Antrag, denselben als eheliches Kind und demzufolge heres suus et legitimus des Vaters von der vicesima hereditatium zu entbinden. Der Richter aber entscheidet:

Auch das matrimonium Alexandrinum eines Soldaten ist während der Dienstzeit suspendirt; ein vor derselben concipirtes, während derselben geborenes Kind ist illegitim. Anders verhält es sich dagegen mit der testamentarischen Erbeseinsetzung: Martianus konnte jeden extraneus zum Erben einsetzen. — Ueber die Zahlung der vicesima als selbstverständliche äussert sich der Richter nicht.

Ich habe *ἀπαρχή* mit vicesima hereditatium übersetzt. Das Wort bedeutet ursprünglich „Erstlingsgabe“, wird dann aber folgerichtig auch von einer „bestimmten Quote“ gebraucht, die von einem Vermögen, von Beute, von einem Zehnten, von Früchten zu entrichten ist. So finden wir es C. I. Att. I, 257

(s. Böckh, Staatshaushalt der Athener, 2. Aufl. II p. 376, 381); C.I.Gr. II, 2855, 13; Platon. *Νόμοι* 7 p. 806 D. Im Pap. Taurin. I p. 7 lin. 8 sqq. hat es in diesem Sinne die unzweifelhafte Bedeutung von einer dem Fiscus zu zahlenden Erbschaftssteuer (*τὸν αὐτὸν δὲ τρόπον — τὰς αὐτὰς ἐπιδείξεις ποιησάμενον καὶ ταξάμενον τὴν ἀπαρχήν, κληρονομίαν ἀπογράψασθαι ἢ ἀποτίνειν αὐτὸν δραχμὰς μυρίας καὶ ἃς ἂν ποιήσηται οἰκονομίας ἀκύρους εἶναι· καὶ μὴ ἐξεῖναι ἐπὶ τὰ τῶν τετελευτηκότων ἐπιπορεύεσθαι* [s. C.P.R. I, 18, 33; U.B.M. 388 II, 12; 448; Mnemosyne 25 II, 173 sqq.]). Und so ist das Wort auch hier aufzufassen (ebenso wie U.B.M. 30: *ἡ ἀπαρχὴ Μάρκου Ἀντωνίου Διοσκούρου ὃ καὶ Πτολεμαίου καὶ τὰ τῆς μητρὸς αὐτοῦ*). Dass sonst in ägyptischen Urkunden direct von *τὰ τῆς εἰκοστῆς τῶν κληρονομιῶν* (U.B.M. 240, 8 sqq.) und *ἐν τῇ στατιῶνι τῆς εἰκοστῆς τῶν κληρονομιῶν καὶ ἐλευθεριῶν* (U.B.M. 326 II, 10) die Rede ist, zeigt nur, dass *ἀπαρχή* kein officieller Ausdruck für diese Erbschaftssteuer ist.

Isidorus erhält bei seinem Eintritt in die cohors I. Thebaeorum zwar römische Nomenclatur, aber nicht Civität; dies ist in dieser Zeit nichts Auffallendes. Der Behauptung Wilckens (Hermes 1892, 290), dass, wenn wir einen Peregrinen mit römischem Gentilnamen antreffen, wir anzunehmen berechtigt sind, einen Peregrinen mit römischer Civität vor uns zu haben, kann ich nicht zustimmen. Hierfür einige Belege: In der U.B.M. 423 (wohl aus dem Anfang des 2. Jahrhunderts) haben wir den Brief eines Aegypters Apion an seinen Vater vor uns, der ausgehoben, nach Misenum befördert wird und von dort, mit einem viaticum versehen, zu seinem Truppentheil kommt. Bei seinem Diensteintritt erhält er römische Nomenclatur (v. 22: *ἔστι δέ μου ὄνομα Ἀντῶνις* (Antonius) *Μάξιμος*), nennt sich selbst in dem Briefe mit seinem alten Namen *Ἀπίων* (v. 1 in verso), ohne dass von der Ertheilung der civitas R. die Rede ist. In der von Wilcken l. l. angeführten U.B.M. 655 aus dem Jahre 215 heisst es dagegen ausdrücklich: *Αὐρήλιος Ζώσιμος πρὸ μὲν τῆς θείας δωρεᾶς καλούμενος Ζώσιμος Λεωνίδου*[1]).

Viele der in den Militärdiplomen genannten Soldaten mit italisch geformtem Namen sind Nichtbürger (z. B. D. 47 [aus

[1]) Derselbe wird wohl U.B.M. 222, 5 (a. d. J. 213/14); 64, 2 (a. d. J. 215/17); ev. auch U.B.M. 97, 6 u. 15 (a. d. J. 201/202) genannt.

dem Jahre 133]: Claudio Motti f. Novano Helvetio; D. 51 [aus dem Jahre 138]: Sex. Iulio Primi f. Primo Treviro; D. 76 [aus dem Jahre 178]: Valerio Valeri f. Valenti castr[is]).

Ganz ausdrücklich wird der Soldat Octavius Valens, dessen Frau Cassia Secunda heisst, im Papyr. Catt. Col. IV aus dem Jahre 142 (s. S. 65 ff.) civis Alexandrinus genannt.

Ich will nur endlich noch auf die italische Namensform der classiarii und equites singulares verweisen, die auch nach Caracalla nur selten die Civität erhielten.

So glaube ich, dass das Verbot des Claudius (Suet. Claud. 25: peregrinae condicionis homines vetuit usurpare nomina dumtaxat gentilicia) nur auf seine Zeit zu beziehen und sodann allgemein zu verstehen ist. Soldaten werden immer Ausnahmen gebildet haben, indem sie, auch ohne die Civität zu erhalten, bei ihrem Diensteintritt das gentile des Kaisers (oder auch früherer Kaiser) oder des Beamten resp. Commandanten, unter dem sie ausgemustert wurden (so in Aegypten des praef. Aeg.: U.B.M. 447; Eph. ep. VII p. 456 sqq., I, 20—24), erhielten.

Das matrimonium Alexandrinum bleibt also in unserem Fall auch während der Dienstzeit bestehen, wird aber von dem Militärgesetz ignorirt und als suspendirt betrachtet. Während im Allgemeinen das matrimonium peregrinum der Soldaten in trajanischer Zeit noch rechtlich anerkannt ist, gilt die alexandrinisch-griechische Ehe als suspendirt. Wie die griechische Stadtgemeinde, so wird auch die griechische Ehe und ebenso das griechische Testament den gleichartigen römischen Institutionen analog behandelt.

Der Sohn der Khrôtis ist kein legitimes Kind des civis Alexandrinus Iulius Martianus Isidorus, aber vollkommen rechtmässig von ihm als extraneus zum testamentarischen Erben eingesetzt. Als civis Alexandrinus aber, der ebensowenig wie der Römer von der vicesima befreit ist, und als extraneus hat er die Erbschaftssteuer zu zahlen.

Soweit entspricht das alexandrinische dem römischen Recht. In einer Hinsicht ist aus unserer Urkunde ein Unterschied zwischen beiden zu constatiren: Das Kind Isidorus ist vor dem Eintritt des Vaters in das Heer concipirt, während der Dienstzeit geboren. Zwischen dem Zeitpunkt der Conception und der Geburt ist das matrimonium iustum iuris Alexandrini

nach römischem Militärgesetz in eine illegitime Verbindung verwandelt; das Kind ist also legitime conceptus, illegitime natus. In Bezug auf Fälle, wo der status der Eltern resp. der Mutter in dieser Zeit sich verändert, stellt Gaius (I, 89) die Regel auf: hi qui illegitime concipiuntur, statum sumunt ex eo tempore quo nascuntur — at hi qui legitime concipiuntur, ex conceptionis tempore statum sumunt. Dehnen wir diesen Grundsatz auch auf Veränderungen hinsichtlich der rechtlichen Natur der geschlechtlichen Verbindungen aus, dann finden wir in unserer Urkunde eine Abweichung von diesem Princip, die wir nur auf das alexandrinische Recht zurückführen können. Dieses hat scheinbar den Satz aufgestellt: Das Massgebende für die Legitimität der Kinder, ob sie ehelicher oder unehelicher Conception sind, ist die Beschaffenheit der geschlechtlichen Verbindung zur Zeit der Geburt[1]).

2. U.B.M. 114 Col. I v. 14 sqq., Col. II.

Col. I, 14 *Ἐξ ἀναπομπῆς Μαμερτείνου*
ιη Ἁδριανοῦ τοῦ κυρίου [Φ]αμεὼθ ᾱ, ᾱ ἐν
Κόπτῳ. Χθινβόις πρὸς Κάσι[ο]ν Γεμέλλον
[ἱ]ππέα Βουκοντίων ἐπ[ὶ] παρ[όν]τι τῷ [π]α[τ]ρὶ
[αὐ]τῆς Ὀρεστοοῦφι· Ἀπολιναρίου ῥήτορος εἰπόν-
τος ὀφειλομένων ὑπὸ Γεμ[έ]λλ[ο]υ Τινβόιδ[ι]
δραχμὰς (sic) *ἑπτακοσίας κατὰ διαγ[ρ]αφὴν με-*
τειέ[ν]ναι τοῦτον ἀκολούθως τῇ διαγρα[φ]ῇ,
Ἀλεξάνδρου καὶ Ἡρακλείδου ῥ[ητ]όρω[ν ἀ]ποκρι-
ναμένων Χθινβόιν ὡς γεγ[α]μημέν[ην] αὐτῷ
ἀπαιτεῖν αὐτὸν βούλεσθαι προοῖ[κ]α (sic), *[ἣ]ν ἀπ[ο]-*
δέδωκεν αὐτῷ μήτε δ[ύ]να[τ]αι (sic) *λα[χ?]εῖ[ν]*
Col. II, 1 *ἀπηγορευομένου* (sic) *στρατ[ιώταις γαμεῖν]*
γυναῖκες (sic), *τὸν δὲ πατέρα μ[. . . . .]*
σαντα αὐτοῦ λογοτεθηθέ[ντ. . . . .] (sic)
προεῖσθαι αὐτῷ γράμματα .[. . . . . δεδανει-?]

[1]) Bottis Bemerkungen zu dieser Urkunde: „cosi il povero Isidoro non ebbe per diritto di nascita la cittadinanza alessandrina (s. hierzu Pap. Cattaoui Col. IV, S. 67); Crotis passò per concubina; il di lei figlio fu tuttavia erede legittimo perchè il matrimonio illegale fu equiparato ad una società con comunanze di beni, *γαμικὸν συμβόλαιον*“ beruhen auf geringem Verständniss des Inhaltes.

κέναι ἐν τούτῳ λόγῳ [τ]ῆ[ς . . . .]
προοικὸς (sic) πι[σ]τευθεῖσα[ς] ω[. . . . .]
μετ' ἄλλον οἴκημα εκτο̣ . . [. . . . .]
τοῦ καὶ ἄλλα πλεῖστα κα[. . . . .]
σεως ἐνκαλουμένην [. . . . .]
τοῦ λόγου τάξιν δ . . . . ιο . [. . . . .]
ἐπαναγκασθῆναι α[ὐ]το̣ [. . . . .]
τοῦ συνηγοροῦντ[ος] . [. . . προενεγ]-
καμένου μηδὲν μὲν αὐ[τ . . . .]
του Γεμέλλου δε[δ]ανεικέν[αι . . . .]
κατὰ δύ[ο δ]ιαγραφ̣ὰς [τ]ὰς ἑπτ̣[ακοσίας δρα]-
χμὰς κατὰ μὲν πρώτη[ν σξ, κατὰ δὲ]
δευτέραν υμ καὶ ε[.]χω[. . . . . . . τὸν]
ὑπόχρεων ταύτας ἀπαι[τ . . . . . ἀναγνωσ]-
θεισῶν τῶν διαγραφῶ[ν . . . .]
ἀρχιδικαστής· Στρα[τι?]ω[τ . . . . ἀπηγο-]
ρευται γυναῖκες θ[. . . . .]
δὲ αὐτοὺς οὐδὲ εἰς . [. . . . .]
μὴ περιεχούσης τῆς [δευτέρας διαγρα]-
φῆς εἰς προοικὸς [λόγον τίθεσ]-
θαι τὰς υμ α[. . . . .]

Uebersetzung:

„Entscheidung in Folge Delegation durch Mamertinus im 18. Jahre unseres Herrn Hadrian am 1. Phame(n)oth, Seite 1 (des Journals), in Coptus.

Klage der Chthinbois gegen Cassius Gemellus, Reiter in der ala Vocontiorum, vorgebracht unter Assistenz ihres Vaters Orestouphi.

Apol(l)inaris, Vertreter (der Klägerin), behauptet, Gemellus schulde der Chthinbois 700 Drachmen laut Schuldverschreibung; diese fordere sie von ihm gemäss derselben. Darauf antworten Alexander und Heraclides als Vertreter (des Beklagten): Chthinbois wolle von Gemellus, als ob sie seine Ehefrau wäre, die Mitgift fordern, die sie ihm zurückgegeben habe und nicht bekommen könne, da es ja den Soldaten verboten sei, Ehefrauen zu nehmen" u. s. w.

Der Rest der 2. Columne ist so lückenhaft, dass eine zusammenhängende Uebersetzung nicht möglich ist.

Folgendes scheint mir der Inhalt der Reden und Gegenreden der Vertreter der Klägerin und des Beklagten, sowie der Entscheidung des Richters zu sein:

Klägerin: Gemellus schuldet mir 700 Drachmen auf Grund einer Schuldverschreibung (I, 18—21).

Beklagter: Es handelt sich nicht um ein Darlehn, wie Klägerin angiebt, sondern um eine *συγγραφὴ δανείου* (s. Mitteis, Reichsrecht S. 468 ff.; s. vorher S. 52 f.), d. h. um ein verschleiertes Brautgeschenk des Mannes an die Frau. Als Soldat konnte dieser aber keine giltige Ehe eingehen; der fingirte Darlehnsvertrag ist also nichtig (I, 22—25; II, 1—6)[1].

Klägerin: Es kommt nicht eine, sondern zwei Schuldurkunden in Betracht[2]): in der ersten handelt es sich um ein „Darlehn" von 260, in der zweiten um ein solches von 440 Drachmen. Wenn auch der erste Vertrag ein verschleierter Dotalvertrag ist, der zweite bezieht sich auf ein wirklich hingegebenes Darlehn. Ich verlange daher wenigstens die 440 Drachmen (II, v. 14—18).

Der Richter lässt die beiden Schuldurkunden verlesen (II, 19: [*ἀναγνωσ*]*θεισῶν τῶν διαγραφῶν*) und entscheidet dann:

Die Soldaten haben kein Eherecht, sie dürfen daher auch keine Ehecontracte abschliessen (II, 20—22). Die erste Urkunde ist ein solcher; aus der zweiten aber geht nicht hervor, dass sie ein verschleiertes Brautgeschenk enthält (II, 23—25): *μὴ περιεχούσης τῆς* [*δευτέρας διαγρα*]*φῆς εἰς προοικὸς* [*λόγον τίθεσ*]*θαι τὰς* $\overline{\nu\mu}$ (*δραχμάς*)-).

[Ich verurtheile daher den Gemellus zur Zahlung von 440 Drachmen.]

Die Entscheidung ist vom 25. Februar 134 datirt. In der uns vorliegenden Gestalt repräsentirt unsere Urkunde einen Auszug aus dem Tagebuch eines *ἀρχιδικαστής* und ist, wie wir S. 52 bemerkt haben, mit analogen Entscheidungen zu bestimmtem Zwecke nach dem genannten Jahre zusammengestellt worden.

Der *ἀρχιδικαστής* wird von Strabon (17, 1, 12 p. 797) unter den städtischen Beamten in Alexandria genannt. Mindestens seit Trajan ist er aber zugleich Unterbeamter des Statthalters,

[1]) v. 7—13 sind in Folge der grossen Lücken unklar. — [2]) Wie auch im Papyr. Catt. Col. I.

fungirt auch ausserhalb Alexandrias und für die ganze χώρα und hat Ritterrang (U.B.M. 73; 136; 231; 241; 388; 578; 614; Papyr. Catt. Col. I; Papyr. Berol. Bibl. ed. Parthey n. 8; Pap. Brit. Mus. 711 = Grenfell and Hunt, Greek Papyri II n. 71). Meistens sind mit seinem Amte, wie auch mit dem anderer ägyptischer Beamten, religiöse Functionen verbunden (s. Mommsen in dieser Zeitschr. (XVI) 1895, S. 190 A. 1; s. auch U.B.M. 455; 578, 7 u. 9; 614, 7 u. 10).

Dem ἀρχιδικαστής wird die Rechtsprechung von dem praef. Aeg. Sex. Petronius Mamertinus (s. Hermes XXXII, 219 f.) delegirt. Wir kennen aus den ägyptischen Urkunden noch einen anderen Fall einer Delegation von demselben Präfecten an einen nicht näher gekennzeichneten κριτής (U.B.M. 19) aus dem Jahre 135 (s. Wilcken, Philologus 53 (1894), 107; Mommsen, in dieser Zeitschr. XIV (1893), S. 5). Mommsen hat die technische Bedeutung von ἀναπέμπειν, ἀναπομπή, wonach der competente Magistrat nach Belieben einen iudex datus (sei es nun städtische Beamte, sei es Officiere) bestellen konnte (in dieser Zeitschr. XII (1892), S. 292 f.) im Anschluss an die Worte des Papyrus Rainer 1492 (= Wessely l. l. n. 18) eingehend erörtert.

Das Urtheil ergeht in dem u. A. durch den laterculus militum aus augustischer Zeit (C.I.L. III, 6627 = Eph. ep. V, 15) und neuerdings besonders durch die Ausgrabuugen und Funde von Flinders Petrie (Coptos 1896; s. bes. p. 26 sqq. [Hogarth]) bekannten Coptos.

Der eques alae Vocontiorum (s. auch Eph. ep. VII p. 426 sqq. n. 9 aus domitianischer Zeit, in den oberägyptischen Bergwerken gefunden) Cassius Gemellus, als dessen Frau die Aegypterin Chthinbois genannt wird, hat beim Eintritt in das Heer zwar römische Nomenclatur erhalten, nicht aber die Civität (s. S. 59 f.).

Ein peregriner Soldat ist also während seiner Dienstzeit mit einer peregrina eine Verbindung eingegangen, die vollkommen den vom ägyptischen Recht verlangten Erfordernissen einer giltigen Ehe entspricht. Es ist ein ἔγγραφος γάμος, also ein matrimonium iustum iuris peregrini, das nach unserer bisherigen Annahme während der Dienstzeit nicht verboten war. Der Wortlaut unserer Urkunde aber (I, 23—25; II, 1) zeigt deutlich, dass im Jahre 134 das Eheverbot auch auf die Ehen

peregriner Soldaten übertragen war. Diese grundlegende Veränderung werden wir, wie bei der zusammenfassenden Darlegung des Eherechtes der peregrinen Soldaten (S. 68 ff.) auszuführen, seit dem Beginn der Regierung des Hadrian constatiren können.

Die Forderung von 700 Drachmen wird von der beklagten Partei mit der Motivirung bekämpft, dass es sich hier um eine *συγγραφὴ δανείου*, die einen integrirenden Bestandtheil eines von einem Soldaten abgeschlossenen Ehecontractes bildet, handle. Im Gegensatz zu der im Allgemeinen üblichen Praxis der römischen Gerichte in Aegypten schliesst sich der Richter der Behauptung an, dass ein solcher Ehecontract, da er eben von einem Soldaten abgeschlossen, nichtig sei. Damit hält er strenge am Gesetze fest; die militärische Disciplin darf nicht verletzt werden. Trotzdem aber findet er eine Handhabe, um der verlassenen Frau zu ihrem Rechte gegenüber dem sauberen Gatten zu verhelfen. Es ist, möchte man sagen, eine ritterliche Empfindung, welche den Richter bei seiner Entscheidung leitet:

Erst hat Gemellus, des Verbotes sich wohl bewusst, als Soldat eine peregrine Ehe geschlossen und, um die Militärgesetze zu umgehen, einen fingirten Vermögensvertrag abgeschlossen. Jetzt, wo er von der treulos verlassenen Frau auf Herausgabe der versprochenen Geldsumme verklagt wird, kehrt er in frivoler Weise den Spiess um und beruft sich auf jene Gesetze. „Von einer Ehe konnte ja nicht die Rede sein; darum brauche ich mein gegebenes Wort nicht zu halten“, so argumentirt er. Der Richter aber lässt ihm eine gerechte Strafe zu Theil werden, indem er den zweiten Vertrag für einen wahren Darlehnsvertrag erklärt und ihn zur Zahlung von 440 Drachmen verurtheilt.

Es ist wohl kein Zufall, dass die beiden der „Frau“ eines Soldaten günstigen Entscheidungen (s. U.B.M. 114 I, v. 5—13: S. 51 ff.) auf einem Papyrus vereinigt sind. Damit dürfte sich die Frage nach dem Grunde dieser Vereinigung erledigen.

Pap. Cattaoui Col. IV.

L ε̄ Ἀντωνείνου τοῦ κυρίου, ἐπαγομένων γ̄, προσελθόντων Ὀκταουίου Οὐάλεντος (καὶ) Κασίας Σεκούνδης, πρὸ μιᾶς ὑπερτιθε[ιμένων τὸ διαβούλιον]. Εὐδαίμων βουλευσάμενος σὺν τοῖς παρα[μό]νοις εἶπεν·

Καὶ ἐχθὲς εὐθὺς ὑπομνημάτων τοῦ κρατίστου Ἡλιοδώρου ἀναγνω[σθ]έντων καὶ τῆς αἰτίας δι' ἣν ὑπερέθε[ντο] δί(κ)ης γενομένης ἰδεῖν περὶ ἀπηγορε[υμέν]ου πράγματος ἐντυχοῦσαν τὴν μητέρα ἀστὴν (?) το . . . ἀστοῦ . τοῦ καὶ σημεῖον ἐντυχὼν τοῖς εἰς τοῦτο [δια]φέρουσιν πράγμασιν, βεβαιῶ ὃ ἐχθὲς ὑπελάμ[βανον]· Ἐξερχομένου εἴτε ἐν τάξει, εἴτε ἐν σπείρᾳ, εἴτε ἐν εἴλῃ ὁ γεννηθεὶς οὐ δύναται εἶναι νόμιμος υἱ[ός]. Μὴ ὢν δὲ νόμιμος υἱὸς τοῦ πατρὸς ὄντος Ἀ[λεξαν]δρέως Ἀλεξανδρεὺς οὐ δύναται εἶναι. Ὁ παῖς οὕτως γεγέννηται τῷ Οὐάλεντι· Στρατευομένου ἐν σπείρᾳ ὁ υἱὸς αὐτοῦ ἐστιν. Εἰσαχθῆναι εἰς τὴν πολιτείαν τὴν Ἀλεξανδρέων οὐ δύναται.

Wir haben hier das Enderkenntniss in einer „Ehesache“ eines miles civis Alexandrinus vor uns. Die Entscheidung wird am 26. August 142 von dem in Alexandria amtirenden idiologos Eudaemon gefällt, dessen frühere Carriere wir nach der sehr wahrscheinlichen Vermuthung Hirschfelds (bei Friedländer, Sittengesch. I[6], 186; s. auch Jung, Wiener Studien 1892, 256) durch zwei Inschriften (Bull. d. corr. hell. III p. 257 = C.I.L. III, 7116; C.I.L. III, 431) kennen lernen (s. vit. Hadr. 15).

Die Verhandlung war am 25. August ausgesetzt und auf den nächsten Tag vertagt; an diesem wird die Entscheidung gefällt, die das bedingt abgegebene Gutachten des ersten Verhandlungstages bestätigt.

In der U.B.M. 19 (bes. I, 5 u. 19) setzt der vom praef. Aeg. delegirte iudex die Entscheidung aus bis nach erlangter Instruction seines Mandanten, da es sich um eine Rechtsfrage (s. Ulpian. D. 5, 1, 79, 1) handelt (Mommsen in dieser Zeitschr. XIV (1893), 1 ff.). Nachdem die Belehrung erfolgt, wird das Urtheil gefällt.

Auch in unserem Fall handelt es sich um eine Rechtsfrage: um die Legitimität (und im Anschluss daran um den status) der in einer alexandrinischen Soldatenehe geborenen Kinder. Instruction ist aber nicht mehr nöthig. Die Rechtsfrage ist schon durch dem Richter vorliegende Rescripte (*ὑπομνήματα*; s. Wilcken, Philologus 53 (1894), 103; s. auch U.B.M. 613, 18 u. 27/28; 614, 7) des praef. Aeg. C. Avidius Heliodorus (der von 138 — c. 147 amtirte; s. Hermes XXXII, 220 ff.) entschieden. Sie werden am Beginn des ersten Verhandlungstages

verlesen; die Vertagung findet nur zum Zwecke der Erhebung des Beweises statt. Das Urtheil wird dann am zweiten Tage auf Grund der allgemeinen Entscheidungen des Präfecten gefällt (vgl. auch U.B.M. 613, v. 19; 27/28).

Dieser hat in derselben zwei Sätze aufgestellt:

1. auf Grund der römischen Militärgesetze: Die Soldaten aller Truppengattungen des Landheeres (Legion, Cohorte, Ala), d. h. also Bürger- und peregrine Soldaten, haben kein Eherecht; ihre während der Dienstzeit geborenen Kinder sind illegitim.

2. auf Grund des alexandrinischen Rechtes: Der illegitime Sohn eines civis Alexandrinus kann nicht die Civität seines Vaters erlangen.

Daraufhin entscheidet Eudaemon in unserem speciellen Falle: Aus der Verbindung zwischen dem cohortalis Octavius Valens, dessen civitas Alexandrina feststeht, und der Alexandrinerin Cassia Secunda ist während der Dienstzeit ein Sohn entsprossen. Das an und für sich vollgiltige matrimonium Alexandrinum gilt vor dem Militärgesetz als nicht existent (s. Pap. Cattaoui Col. III: S. 60), der Sohn daher als illegitim. Er kann daher auch nicht den status seiner Eltern (die civitas Alexandrina) erlangen.

In der Urkunde des Papyrus Cattaoui aus dem Jahre 115 (Col. III) war von einer Entziehung der civitas Alexandrina gegenüber dem in legitimer Verbindung (matrimonium iustum Alexandrinum) concipirten, in illegitimer (während der Dienstzeit) geborenen Kinde nicht die Rede. In der Col. IV wird ausdrücklich der Mangel desselben betont.

Diese Urkunde aus dem Jahre 142 lehrt uns also erstlich eine wohl erst im 2. Jahrhundert unter römischem Einflusse ausgebildete Eigenthümlichkeit des alexandrinischen[1]) Rechts kennen, sodann aber spricht sie offen und klar das mangelnde Eherecht für alle Soldaten des Landheeres aus: Nicht nur die römische und alexandrinische, sondern auch jede peregrine Ehe — das besagen ihre Worte — ist während der Dienstzeit suspendirt.

---

[1]) Im griechischen Recht (so besonders im attischen) bestand kein Hinderungsgrund, die *νόθοι* ex cive in die Phratrien und damit in den Bürgerverband einzuführen. Sie nehmen oftmals eine niederere Stellung als die Vollbürger ein, haben aber immer Antheil an der *πολιτεία* (Hermann, Lehrb. der griech. Staatsalterthümer, 6. Aufl. (1892), S. 445 u. 449).

Die drei zuletzt besprochenen Urkunden stossen die bisherigen Ansichten über „das Eherecht der peregrinen Soldaten“ in vielen wesentlichen Punkten um. Es dürfte daher nicht werthlos sein, die Entwickelung desselben in den ersten Jahrhunderten der Kaiserzeit an der Hand der alten und neuen Documente zusammenfassend zu beleuchten.

Die leges Iuliae et Papia Poppaea (= νόμοι: Dio 60, 24) sprechen das Eheverbot für Soldaten aus. Da sie ius civile sind, umfassen sie nur das matrimonium (iustum) iuris civilis, nicht dagegen das matrimonium iniustum und das matrimonium iuris peregrini.

Eine Verbindung zwischen cives R. und peregrinae ohne conubium ist niemals eine vollgiltige Ehe, nur „Halbehe“, matrimonium iniustum, non legitimum (Concub. 58), contubernium (Concub. 32 A. 61). Erst im 3. Jahrhundert wird diese Halbehe dem matrimonium iustum gleichgestellt, alle Vortheile und Nachtheile der „leges“ auf sie übertragen (Concub. 59). Vor dem 3. Jahrhundert existirt also für cives R. juristisch kein matrimonium iniustum; ein specielles Verbot für Soldaten ist nicht nothwendig. Es steht auf derselben rechtlichen Stufe wie der Concubinat eines civis mit einer civis R.[1]): wie uns U.B.M. 114 I v. 14 sqq. zeigt, kann eine solche Verbindung von einem Soldaten jeder Zeit gelöst werden, hat keine bindende Kraft. Concubinat wie Halbehe geniessen die gleiche factische Duldung ohne gesetzliche Sanction (s. Conc. 102, 109, 111). Dies lehrt auch uns die im Verhältniss zur Taxe der γυναῖκες εἰς ἑταιρισμόν (s. auch Grenfell and Hunt, Greek Papyri II n. 41 v. 26) geringe, aber doch bestehende, Taxe der γυναῖκες στρατιωτῶν (uxores iniustae) und die gleiche der γυναῖκες εἰσπλεῦσαι (women immigrant = those coming voluntarily and not under the charge of a πορνοβόσκος = private concubines) im Tarif von Coptos (Hogarth bei Flinders Petrie Coptos p. 27 sqq.; s. S. 64).

[1]) Hierdurch werden die Bemerkungen Küblers in der Besprechung meines „Concubinates“ in dieser Zeitschr. XVII hinfällig: „Wenn man den Soldaten die Ehe überhaupt einmal gestattet, warum sollte man ihnen dann das iustum matrimonium verwehren?“ (S. 362). — „In dem Augenblicke, wo ihm verstattet wurde, mit einer Frau zusammenzuwohnen, fiel jeder Grund fort, ihm das iustum matrimonium zu verbieten“ (S. 364).

Ebensowenig ist natürlich ein Verbot des matrimonium iuris peregrini in den „leges" enthalten. Im Gegensatz zu jener „Halbehe" gilt dieses aber vor dem Militärgesetz als vollgiltige peregrine Ehe. Es ist den peregrinen Soldaten nicht nur factisch erlaubt[1]), es werden auch rechtliche Wirkungen an dasselbe geknüpft. Die Soldaten erhalten nach ihrer Entlassung (civitas für sich, ihre Frau und Nachkommen und) conubium mit rückwirkender Kraft: die vollgiltige peregrine Ehe verwandelt sich nach der Entlassung in ein vollgiltiges matrimonium iuris civilis, und zwar gilt sie als solches vom Augenblick ihrer Eingehung ab[2]).

Eine Ausnahme von dieser rechtlichen Anerkennung der peregrinen Soldatenehe macht dagegen die Ehe der milites cives Alexandrini und wohl allgemein die griechische Soldatenehe. Das matrimonium iustum iuris Alexandrini wird während der Dienstzeit suspendirt: s. Papyrus Cattaoui Col. III (s. S. 58 ff.) und IV (s. S. 66 f.). Der aus solcher jetzt illegitimen Verbindung von cives Alexandrini geborene Sohn ist nicht nur illegitim, sondern erhält (wohl erst seit Hadrian) auch nicht einmal die civitas Alexandrina (Pap. Catt. Col. IV: S. 67).

Die Suspension des matr. Alexandrinum bildet die Vorstufe zur allgemeinen Suspension des gemeinen matrimonium iuris peregrini der Auxiliare während der Dienstzeit.

Diese Aenderung in Bezug auf das peregrine Militär-Eherecht ist zurückzuführen auf den Beginn der Regierung Hadrians. Nach dem übermässig soldatenfreundlichen Trajan (s. S. 55) tritt sofort eine Reaction unter seinem Nachfolger ein.

Das matrimonium der nach dem Jahre 117 neu eingetretenen peregrinen Auxiliare wird von den römischen Militärgesetzen ebenso behandelt wie das matrimonium iniustum der milites cives R. Es existirt kein directes Verbot, das Gesetz ignorirt aber eine solche Verbindung, die keine rechtliche Wirkung und Bindung mehr erzeugt (U.B.M. 114 Col. I, v. 14 sqq.: S. 64 f.; Pap. Cattaoui Col. IV: S. 67).

Die vor dem Regierungsantritt Hadrians ins Heer einge-

---

[1]) Es ist von den uxores der milites peregrini die Rede (s. Militärdiplom 3 (a. d. J. 65); 23 (a. d. J. 93); 35 (J. 107); 39 (J. 114); 52 (vor 142). — [2]) Militärdiplom 3; 35; 37 (J. 110); 39; 31 (J. 99); 46 (J. 129); 47 (J. 133); 48 (J. 134); 51 (J. 138); 52; U.B.M. 113 (J. 143).

tretenen Auxiliare behalten während ihrer Dienstzeit die alten Eheprivilegien. Die 1. Generation, welche derselben beraubt ist, sind die im Jahre 142 (nach 25jähriger Dienstzeit) entlassenen Veteranen. Diesem Jahrgang begegnen wir U.B.M. 113: die Urkunde giebt einen Auszug aus den Acten des praef. Aeg. C. Avidius Heliodorus über die vom 15. Februar bis 16. Mai 143 unter seinem Vorsitz abgehaltene *ἐπίκρισις* (s. meinen Aufsatz Philologus LVI, 206 ff.). Es erscheinen hier neben einander

1. Veteranen, welche die vollen Privilegien bei ihrer Entlassung erhalten haben (S. 69),

2. *ἔτι δὲ καὶ ἕτεροι οὐετρανοὶ οἱ χωρὶς χαλκῶν*

3. *καὶ ἕτεροι οὐετρανοὶ*[1]) *καὶ αὐτοὶ ἐπιτυχόντες μόνοι τῆς Ῥωμαίων πολιτείας* [*καὶ ἐπιγαμίας πρὸς γυναῖκας* cet.].

Also neben den mit Vollprivilegien Entlassenen finden wir noch zwei Kategorien: 2. *οἱ χωρὶς χαλκῶν* = sine aere, d. h. die ohne Diplom[2]) Entlassenen, in Folge von missio ignominiosa oder causaria. 3. Die im Besitz eines nur beschränkte Privilegien enthaltenden Diploms befindlichen Veteranen (s. Conc. 120): Das ist der Jahrgang 117.

Die Veränderung hinsichtlich des Eherechtes der peregrinen Auxiliare übt demnach auch ihren Einfluss aus auf die ihnen nach der Entlassung zuertheilten Privilegien. Eine gesetzlich während der Dienstzeit ignorirte Verbindung soll auch nach derselben in Bezug auf die Vergangenheit keine nachträgliche Sanction erhalten, sie bekommt eine solche und rechtliche Wirkungen nur für die Zukunft. Die auxiliarii erhalten jetzt nur noch civitas für sich (und ihre Frau); ihr während der Dienstzeit von dem Militärgesetz ignorirtes matrimonium peregrinum wird in ein matrimonium iustum iuris civilis verwandelt, jedoch ohne rückwirkende Kraft; die während der Dienstzeit geborenen Kinder bleiben peregrini und illegitim.

---

[1]) Mommsen (C.I.L. III p. 2008) hält die Wiederholung von *καὶ ἕτεροι οὐετρανοί* für eine Nachlässigkeit des Schreibers. — [2]) Der U.B.M. 265 genannte Veteran hinterlegt beim trib. mil. leg. II. Traianae Fortis sein Diplom, das in Bezug auf seine äussere Form als *δέλτος χαλκὴ ἐκσφραγισμένη* (v. 21), in Bezug auf seinen Inhalt als *δικαίωμα* (v. 17) bezeichnet wird. — In dieser Urkunde lese ich: 1. *οἱ ὑπογεγραμμένοι οὐετρανοί* cet. 2. *καὶ ἕτεροι οὐετρανοὶ οἱ χωρὶς χαλκῶν ὄντε[ς* 3. *καὶ ἕτεροι ἐπι]τυχόντες μόνοι τῆς Ῥωμαίων πολιτείας* cet.

Aus dieser veränderten eherechtlichen Qualification der Auxiliare ergiebt sich naturgemäss die Uebertragung des Ersatzinstitutes der ex castris auch auf das ius peregrinum. Das Institut war am Anfang der Kaiserzeit ins Leben gerufen (auf Grund der eigenartigen ägyptischen Verhältnisse), um einen festen Soldatenstamm zu schaffen, und gewährte den im matrimonium iniustum (mit peregrinae) der Legionare geborenen Kindern die Civität (Conc. 111). Jetzt, wo auch die peregrine Soldatenehe für illegitim erklärt wird, soll den auch nach der Dienstzeit nicht legitimirten Kindern eine gewisse Halblegitimität als ex castris ertheilt werden. Wiederum wird dieses Ersatzinstitut zuerst in Aegypten zur Anwendung gebracht sein (als Ersatz für das suspendirte matrimonium Alexandrinum). Während aber die Einrichtung in ihrer ursprünglichen Gestalt während des ganzen 1. Jahrhunderts fast allein auf Aegypten beschränkt blieb — in Afrika hatte es noch unter Trajan kaum Wurzel gefasst (Recueil de la société de Constantine 1882 378 sq.; Mommsen, Hermes 19, 8) —, scheint sie in ihrer Neuanwendung auf das ius peregrinum alle Provinzen gleichmässig betroffen zu haben.

Das älteste uns bekannte Document eines solchen peregrinen ex castris weist auf einen Soldaten, der im Beginn der Regierung des Hadrian ins Heer eingetreten ist: es ist das Militärdiplom eines eques cohortis V. Lucensium et Callaecorum aus den Jahren 142—145 [1]) (C.I.L. III p. 1984, D. 59). Ausser diesem besitzen wir nur noch ein anderes Diplom aus dem Jahre 178 (C.I.L. III p. 1993, D. 76: gefunden in Tirnowa).

So bilden also Aufhebung des Eherechtes der peregrinen Auxiliare, Einschränkung der ihnen bei der Entlassung ertheilten Privilegien, Uebertragung des Instituts der ex castris, auf das ius peregrinum die einzelnen Glieder derselben Entwickelung.

Im Gegensatz hierzu bleiben für die Flottensoldaten und equites singulares die eherechtlichen Verhältnisse, die nach der Entlassung gewährten Privilegien auch nach dem

[1]) Die Formel civitatem R., qui eorum non haberent, dedit ... weist auf die Zeit seit 142; die Distributivzahl bei der Angabe der Dienstjahre auf die Jahre vor 146. Das Diplom stammt demnach aus den Jahren 142 bis 145. Der Soldat ist in den Jahren 117—120 in das Heer eingetreten.

Jahre 142 dieselben. Ihre Ehe erhält während der Dienstzeit die Sanction[1]) der Militärgesetze, wird nach derselben in ein iustum matrimonium iuris civilis mit rückwirkender Kraft (in Hinsicht auf die vorher geborenen Kinder) verwandelt (Conc. 119; 95 ff.).

Der Grund für diese verschiedene Behandlung ist in der abweichenden staatsrechtlichen Stellung der Auxiliare einerseits, der Flottensoldaten und equites singulares andererseits zu suchen.

Die Zunahme der cives in den auxilia zeigt uns die jetzt übliche Formel der Auxiliardiplome[2]): civitatem R. qui eorum non haberent dedit, während die Diplome der Flottensoldaten den alten Wortlaut beibehalten (D. 62 aus dem Jahre 152). Einen guten Beweis für diese Veränderung erbringen die oben besprochenen Urkunden. Derselbe wiegt um so höher, als wir es hier mit ägyptischen Truppentheilen zu thun haben, in denen doch später als in denen aller übrigen Provinzen Bürger erscheinen. Wir finden in den vier Urkunden, in denen es sich sicher um Auxiliare handelt (Pap. Cattaoui Col. II: vor dem Jahre 115; Pap.

[1]) Seit der Uebertragung der Vortheile und Nachtheile der „leges" auf das matrimonium iniustum und peregrinum im Anfang des 3. Jahrhunderts wird nur eine den Anforderungen derselben entsprechende Ehe sanctionirt. Die uns erhaltenen Diplome der Flottensoldaten und equites singulares (s. Conc. 119) aus dem 3. Jahrhundert weisen einerseits auf die den Soldaten durch Severus ertheilte Erlaubniss, mit den „Frauen" im Lager zusammenzuwohnen (Conc. 95 ff.; Kübler l. l. S. 362 ff. hat mich durch seine Gegenausführungen nicht überzeugt), andererseits gewähren sie nur einem qualificirten matrimonium peregrinum nachträgliche Legitimation (cum mulieribus, quas secum concessa consuetudine vixisse probaverint). „Peregriner" Concubinat kommt als Ersatzinstitut erst seit dieser Zeit in Betracht, doch nur für Flottensoldaten (C.I.L. VI, 3104; 3158; D. 91) und equites singulares. Die auxiliarii sind jetzt cives, die milites castellani (s. S. 55) haben unbeschränktes Eherecht. — [2]) Auch schon vor dem Jahre 142 finden wir in den Diplomen der Auxiliare cives R. genannt, die bei der Entlassung also nur conubium erhalten (D. 14: a. d. J. 82; D. 48: a. d. J. 134; s. Mommsen, Hermes 19, 27 A. 1), obwohl die allgemeine Formel lautet: ipsis liberis posterisque eorum civitatem dedit et conubium. Erst das Ueberhandnehmen der cives hat die Aenderung der Formel herbeigeführt. Die Meisten werden das Bürgerrecht erst bei ihrem Eintritt oder gar während der Dienstzeit erhalten haben. An dem Grundsatz, dass kein Bürger weder gezwungen noch freiwillig in Peregrinencorps eintreten könne (Mommsen, Hermes 16, 461 u. 470; 19, 40 u. 60 A. 2) hat man nicht mehr so streng festgehalten, da eben der Charakter des Peregrinencorps sich verlor (s. Eph. ep. VII p. 456 sqq.: s. S. 73).

Catt. Col. III: J. 115; U.B.M. 114 v. 14 sqq.: J. 134; Pap. Catt. C. IV: J. 142): 1 civis R., 2 cives Alexandrini (die eherechtlich den römischen Bürgern gleichstehen) und nur 1 peregrinus.

In den beiden anderen Urkunden (aus deren Text nicht hervorgeht, ob es sich um Legionare oder Auxiliare handelt, obwohl Letzteres wahrscheinlicher ist) sind beide Soldaten cives R. (U.B.M. 114 v. 5 sqq.: Jahr 117; Pap. Catt. Col. V: Jahr 136).

In vollkommenem Gegensatz zu dieser Zusammensetzung der auxilia steht dagegen im 2. Jahrhundert und noch später die der Flotte und der equites singulares. Wenn auch erstere seit Claudius, letztere seit Hadrian zu anerkannten Truppencorps erhoben wurden (Mommsen, Hermes 19, 29), Bürger wurden selbst nach Caracalla kaum zugelassen (nur in den Chargen). Die Rekruten erhalten bei ihrem Eintritt in diese Truppentheile seit Hadrian meistens das ius Latii (Marquardt, St.-V. II, 510 f.; 488 ff.).

Das Motiv der veränderten Stellung der Militärgesetze zum matrimonium iuris peregrini der Auxiliare ist also in dem Bestreben zu erblicken, die Minorität, die noch peregrinae condicionis war, während der Dienstzeit mit gleichem Mass zu messen, wie die eherechtlich schon immer benachtheiligten cives R., die jetzt die Majorität der Auxiliartruppen bilden.

Um die Mitte des 2. Jahrhunderts sind kaum mehr Peregrine in den auxilia vorhanden. Das zeigt uns die Eph. ep. VII p. 456 sqq. von Mommsen veröffentlichte Zugangsliste der Soldaten der cohors I. Aug. pr. Lusitanorum aus dem Jahre 156 (s. auch U.B.M. 462 aus der Zeit des Antoninus Pius; U.B.M. 447 aus den Jahren 173/175): Unter 16 Soldaten der Cohorte, deren Namen uns einigermassen erhalten sind, befinden sich nur 4, welche auch jetzt noch ihren peregrinen Stand beibehalten haben (I, 38; I, 43; II, 5; II, 35) und auch nach ihrem Diensteintritt (bis auf einen sind alle tirones voluntarii) Aegypter geblieben sind.

Die übrigen sind cives R., und zwar nicht etwa durchweg peregrine Rekruten, die erst bei ihrem Eintritt in das Heer die civitas erhalten haben. Vielmehr werden auch schon im Besitz des Bürgerrechts Befindliche in die Cohorte eingestellt, so der reiectus ab ala A. Flavius Vespasianus (I, 29), der zwar decurio ist; wohl auch der translatus ex coh. I. Fl.

Cil. Maevius Marcellus (II, 24)[1]), vor Allem die accepti ex leg. II. Tr. Fort. (II, 13—21). Die Auxiliarcohorte erscheint danach zwar noch immer minderwerthiger als die ala[2]), sie wird aber nicht mehr als ein grundsätzlich von der bürgerlichen Legion verschiedener Truppentheil betrachtet. Es findet ein Austausch zwischen beiden statt: Die Auxiliarveteranen bilden einen Theil des Rekrutirungsmateriales für die ägyptischen Legionen (U.B.M. 113; 265); andererseits werden Legionare ohne Avancement in die Cohorten versetzt[3]).

Die Ausgleichung zwischen den früheren Peregrinencorps der auxilia und den Bürgertruppen ist fast vollzogen. An Stelle der Scheidung in legiones und auxilia tritt in steter Weiterentwickelung eine solche in reguläre Bürgertruppen (legiones, auxilia) und Milizen (Grenzer, milites castellani: s. S. 55), welche, unter Severus Alexander ausgebildet, am Ende des 3. Jahrhunderts vollendet ist (comitatenses und limitanei).

Und dem entsprechen die eherechtlichen Verhältnisse. Auf der einen Seite Eheverbot für legionarii und auxiliarii, deren Diplome seit dem Jahre 178 aufhören, keine eherechtlichen Privilegien bei der Entlassung. Auf der anderen Seite Eherecht schon während der Dienstzeit (für die filii militum castellanorum: D. 90 unter Severus Alexander).

Das führt schliesslich mit dem Niedergange des regulären Heeres zum Eherecht aller Soldaten des römischen Heeres.

---

[1]) Ob der einzige tiro lectus, der genannt wird (miles factus ex pagano: I, 20—24) und der das nomen des praef. Aeg. trägt, unter dem er ausgemustert ist (probatus, ἐπικριθείς), nicht erst bei seinem Eintritt die civitas erhalten hat, will ich dahingestellt sein lassen; s. auch U.B.M. 447, wo ein im Jahre 154/155 von demselben praef. Aeg. M. Sempronius Liberalis ausgemusterter eques alae I. Mauretanorum Sempronius Herminus heisst. — [2]) Die Soldaten der ala werden in Bezug auf Behandlung und Strafmaass den Legionaren gleichgestellt, während die cohortales auch jetzt noch tiefer stehen (cf. Mommsen Eph. ep. l. l. p. 465). Es ist dies wohl eine Nachwirkung der früheren Rekrutirung der ägyptischen Alen aus Griechen (Alexandrinern), der Cohorten aus Aegyptern, welche strenger bestraft werden als jene (Mommsen, Röm. Gesch. V, 561 A. 3). — [3]) Ueber andere Translationen s. Mommsen Eph. ep. l. l. Wir finden zwar auch Translationen aus der cohors II. Ulpia Afrorum in die classis Alexandrina (U.B.M. 142: J. 159).

III.

Ueber die condictio incerti.

Von
Herrn Professor Dr. **H. H. Pflüger**
in Bonn.

Im 17. Bande dieser Zeitschrift, S. 97 ff., hat Trampedach den Nachweis unternommen, dass die vielbesprochene condictio incerti — nicht bloss einzelne von ihr handelnde Stellen, wie zwei Pioniere der Interpolationenforschung, Gradenwitz und Pernice, bisher angenommen hatten, sondern die ganze condictio incerti — ein Erzeugniss der Compilatoren und von ihnen in das Corpus iuris hinein interpolirt sei.

Welche Erleichterung! Denn wird nicht der kundige Leser sich sofort der unlösbar scheinenden Schwierigkeiten erinnern, die die condictio incerti, die namentlich die Wiederherstellung ihrer formula den berufensten Forschern noch immer bereitet? Und wird er nicht auf die Kunde der Trampedachischen Entdeckung hin sich gern von diesen Schwierigkeiten befreit glauben?

Und eben darum, welche Enttäuschung! Die von Trampedach nachgewiesenen Interpolationen sollen nämlich durchaus keine sachliche, sondern nur eine terminologische Bedeutung haben, die in den Digesten überlieferten Anwendungsfälle der condictio incerti, die condictio cautionis, die condictio obligationis, liberationis, possessionis, durchaus echt und nur ihre Zusammenfassung unter dem gemeinsamen Namen den classischen Juristen unbekannt gewesen sein. Nach classischem Recht sollen sie, wie Trampedach sich an Pernice[1]) anlehnend annimmt, nichts Anderes als Fälle und Fortbildungen der

[1]) Labeo III S. 209 f.

condictio triticaria gewesen sein. Erst Tribonian und Genossen hätten in einer Anwandlung von „compilatorischer Systematik“ den „Gegensatz von certum und incertum, von actio certae creditae pecuniae und actiones incertae auf die Condictionen übertragen und die condictio certi mit ihrem Gegenstücke, der condictio incerti, geschaffen“ [1]). Und so soll denn nach Trampedach nicht die condictio incerti als solche, sondern nur ihr Name aus den Schriften und dem Sprachgebrauche der classischen Rechtswissenschaft ausgetilgt werden; ist das Räthsel, wie die Formel einer condictio cautionis, obligationis, liberationis, possessionis u. s. w. gelautet habe, so wenig aus der Welt geschafft, dass Trampedach selber sich um seine Lösung bemüht [2]).

Das scheint mir halbe Arbeit, und ich werde daher im Folgenden den Nachweis zu führen suchen, dass abgesehen von der actio ex stipulatu, die wir unbedenklich zu den Condictionen rechnen dürfen — und auf die daher Gai 4. 5: actiones in personam, quibus dari fieriue oportere intendimus, condictiones (appellantur) zu beziehen ist — dass abgesehen von der actio ex stipulatu, sage ich, die intentio einer classischen condictio immer nur auf ein certum gerichtet zu denken ist, eine certa pecunia oder alia certa res, und dass alle Aussprüche römischer Juristen, die dem zu widersprechen scheinen, entweder durch Interpolationen gefälscht oder aber einer duplex interpretatio zugänglich sind.

Ich gehe aus von der einen Stelle, die schon Gradenwitz [3]), unter dem Beifall von Lenel [4]) und Pernice [5]), als so sicher interpolirt nachgewiesen hat, dass er sie geradezu als Musterbeispiel einer interpolirten Stelle vorführt. Ich setze seine Ausführungen wortgetreu hierher.

„Ulpianus libro 18 ad Sabinum, L. 5 § 1 D. 7. 5 frägt:

Si pecuniae sit usus fructus legatus vel aliarum rerum, quae in abusu consistunt nec cautio interveniat, videndum finito usufructu an pecunia, quae data sit, vel ceterae res, quae in absumptione sunt, condici possint.

---

[1]) Trampedach S. 149. — [2]) a. a. O. S. 126 ff. — [3]) Interpolationen S. 27 ff. — [4]) Pal. Ulp. 2591. — [5]) Labeo III S. 203 Anm. 5, Ziffer 1.

Darauf folgt denn auch am Schluss des Paragraphen die richtige Antwort:

> Sabinus putat posse condici, quam sententiam et Celsus libro octavo decimo digestorum probat: quae mihi non inarguta videtur.

Aber ehe es dahin kommt, wird noch in aller Eile die davon völlig unabhängige Angelegenheit erledigt, ob constante usu fructu die omissa cautio condicirt werden kann. Es mag dahingestellt bleiben, ob nicht schon im Fragesatze die Worte nec cautio interveniat interpolirt sind; jedenfalls ist der Satz, der von der condictio der cautio handelt, sinnstörend und zerbricht die Continuität zwischen Frage und Antwort. Wenn man das unzweifelhaft Echte und die Pandektenstelle einander gegenüberstellt, so macht der Satz: sed — quantitatem mit seinem dreimaligen condicere, seinem dici potest posse condici, dem unsinnigen sed am Anfang und anderen Seltsamkeiten überhaupt einen sehr schlechten Eindruck:

Si pecuniae sit usus fructus legatus vel aliarum rerum, quae in abusu consistunt, nec cautio interveniat, videndum finito usu fructu an pecunia quae data sit, vel ceterae res, quae in absumptione sunt, condici possint, [sed si quidem adhuc constante usu fructu cautionem quis velit condicere, dici potest omissam cautionem posse condici incerti condictione: sed si finito usu fructu ipsam quantitatem,] Sabinus putat posse condici: quam sententiam et Celsus libro octavo decimo digestorum probat: quae mihi non inarguta videtur."

Si pecuniae sit usus fructus legatus [vel aliarum rerum quae in abusu consistunt] videndum finito usu fructu an pecunia quae data sit [vel ceterae res quae in absumptione sunt,] condici possint. Sabinus putat posse [condici]: quam sententiam et Celsus libro octavo decimo digestorum probat: quae mihi non inarguta videtur."

Angesichts dieser Interpolation muss man sich doch fragen, was in aller Welt die Compilatoren dazu bewogen haben mag, dem Ulpian in solcher Weise Gewalt anzuthun. Ich sehe nur

den einen Grund, dass classische Stellen, die die condictio incerti bezeugten, nicht zu haben waren, und dass man daher genöthigt war, sein eigenes Kuckucksei da hinein zu zwängen, wo immer sich ein wenn auch noch so enges Nestchen aufzuthun schien. So ist es mit dieser Stelle, und so wird es mit den übrigen Stellen auch wohl sein. Wären sie echt, so hätte man sich bei l. 5 § 1 die Mühe der Interpolation sparen können, da man anderweit versehen war. Ist l. 5 § 1 interpolirt, so müssen es auch die übrigen sein. An einigen von ihnen ist es denn auch schon von Pernice[1]) nachgewiesen worden.

Dies vorausgeschickt, wende ich mich nun sofort zum Hauptangriff auf eine Stelle, die selbst Pernice unangetastet lässt, und der er grosse Wichtigkeit für die Erkenntniss der condictio incerti beimisst.

L. 3 § 10 D. 35, 3 Ulpianus libro 79 ad edictum:

Si legatum fuerit praestitum ante interpositam hanc stipulationem, an condici possit, ut cautio ista interponatur? movet quaestionem, quod ea, quae per errorem omissa vel soluta sunt condici possunt, et hic ergo quasi plus solutum videtur ex eo, quod cautio intermissa est. et ait Pomponius condictionem interponendae satisdationis gratia competere et puto hoc probandum quod Pomponius, utilitatis gratia.

Nach dem prätorischen Edict brauchte der Erbe ein Legat, von dem er fürchtete, dass es seinen Anspruch auf die Quarta Falcidia verletze, nicht eher auszuzahlen, als bis der Legatar die Rückzahlung des sich etwa herausstellenden Ueberschusses durch Bürgen sicher gestellt hatte[2]). Unsere Stelle handelt nun von der Frage, was zu thun sei, wenn der Erbe das Legat ohne jene Sicherheit ausgezahlt oder ausgeliefert hat. So wie die Stelle uns vorliegt, gewährt sie dem Erben die condictio incerti, unmittelbar auf Leistung der Sicherheit gerichtet, und Pernice[3]) findet gerade sie besonders lehrreich, insofern sie zeige, wie man in Rom die Sache angegriffen habe, um aus der sog. condictio certi die condictio incerti abzuleiten. In der Stelle „wird davon ausgegangen", sagt Pernice, „dass 'irr-

[1]) a. a. O. S. 203. — [2]) l. 1 pr. D. eod. Lenel, Edictum S. 419. — [3]) a. a. O. S. 205.



thümlich Unterlassenes und Geleistetes' zurückgefordert werden könne, und unter diesem Gesichtspunkte wird dann auch die vergessene Caution zum Schutze der Falcidischen Quart behandelt. Indess ist das offenbar nur eine Denkfigur: denn es wird nicht ein Theil des Geleisteten zurückverlangt, sondern thatsächlich eine neue Leistung beansprucht.“ So Pernice. Aber dem muss man denn doch widersprechen. Keine Denkfigur scheint uns das, sondern Taschenspielerei, wie sie einem römischen Juristen kaum zuzutrauen ist. Und sehen wir genau zu, so ist es eine durch ein plumpes Einschiebsel verbogene Schlussfolgerung. Denn wenn es ausgemacht ist, dass quae per errorem omissa sunt condici possunt, dann folgt doch ohne Weiteres, dass das von der omissa cautio auch gilt, und einer Bezugnahme darauf, dass quae per errorem soluta sunt gleichfalls condicirt werden können, sowie der „Denkform“ des quasi plus solutum, bedurfte es dann gar nicht. Ist nun aber eines von beiden, das omissum oder das solutum, überflüssig, so kann die Wahl nicht schwer fallen. Wir brauchen nur die Worte omissa vel hinauszuwerfen, und das Ganze bekommt sofort einen vollkommen geraden und verständigen Sinn. Nichts hindert uns dann, die Frage: an condici possit, statt sie von der condictio incerti zu verstehen, auf das unvorsichtiger Weise ausgezahlte oder ausgelieferte Legat zu beziehen: ob das Legat deshalb als indebitum solutum zurückgefordert werden könne. Versteht sich mit der condictio certae pecuniae oder certae rei. Die Antwort bestätigt das denn auch. Sie lautet: dass der Erbe, indem er das Legat ohne Sicherheit auszahlte, wie auch wir sagen würden, mehr gethan und geleistet habe, als man von ihm verlangen konnte, und dass die Auszahlung des Legats daher zwar nicht schlechthin als indebitum solutum, aber doch als plus debito solutum angesehen werden könne. Die condictio auf Rückzahlung oder Rückgabe sei daher begründet.

Ja, aber es heisst doch: condicere ut cautio ista interponatur, condictio satisdationis gratia!

Diese Wendungen sagen nur, dass das Legat nicht um seiner selbst willen, sondern nur deshalb condicirt werden soll, um mit der Möglichkeit der Retention das Mittel zur Erlangung der versäumten Sicherheit wieder in die Hand zu

bekommen. Die Regel wird sogar thatsächlich die gewesen sein, dass der Beklagte der Verurtheilung zur Rückzahlung des Legats durch freiwillige Leistung der Sicherheit zuvorkam. Dadurch stellte er den Kläger, dem es ja nur auf die Caution ankam, ohne Weiteres klaglos, und der iudex musste ihn, wenigstens nach dem von dem Sabinianer Pomponius, dem Gewährsmann Ulpians, gebilligten bekannten Satze omnia iudicia absolutoria sunt, als einen qui actori satis fecit freisprechen[1]). So konnte der Kläger mit den vorhandenen Mitteln — und die Römer waren bekanntlich Meister in der Kunst, mit den vorhandenen Mitteln auszukommen — mit der condictio certae pecuniae und certae rei, thatsächlich dasselbe Ziel erreichen, wie durch eine condictio incerti. Der Unterschied lag nur in der condemnatio, die bei der sog. condictio certi, auch wenn sie nur interponendae satisdationis gratia

[1]) Gai. 4, 114. — Ganz dasselbe hat schon Donellus, Comm. lib. 10 cap. 4 § 16 zu l. 5 § 1 D. 7, 5 behauptet: At quomodo haec condictio ad cautionem condicendam, cum constet hac condictione condici id quod datum est ob causam, in proposito autem proprietarius nullam cautionem dederit sed rem fruendam? Recta competit haec condictio ad rem datam repetendam: sed alia via etiam cautionem repetit et consequitur. Fructuarius enim hac condictione conventus alterum cogetur facere: aut rem restituere aut cavere. Quod si fit habet proprietarius quod petebat, et vere dicitur cautionem condixisse qui eam per condictionem institutam est consecutus. Nur will Donellus damit die condictio incerti nicht überhaupt beseitigen, sondern nur in jener Stelle. Er fügt daher hinzu: Quoniam autem incertum est, utrum fructuarius praestet, rem an cautionem, bene dicta est haec condictio incerti. Vgl. ferner l. 3 § 9 D. 43, 17, die, wie ich in meinen Besitzklagen S. 259 f. gezeigt habe, folgendermassen gelesen werden muss: Si vicinus meus in pariete meo tectoria habet [et in parte sua], uti possidetis mihi efficax est, ut ea tollere compellatur. Die Wendung ist ähnlich wie die in unserer l. 3 § 10, und auch sie will sagen, dass das Interdict mittelbar den Erfolg hat, den Gegner zur Beseitigung der tectoria zu nöthigen. Unmittelbar kann es nur darauf gehen, dass er mich an der Wegnahme nicht hindere, aber vielleicht ist es ihm dann angenehmer, es selbst zu thun (Bkl. S. 260 ff.) Uebrigens soll nicht geleugnet werden, dass derartige Wendungen überall da am Platze sind, wo nur das wirkliche Ziel einer Klage in ihrer intentio nicht zum Ausdruck kommt (vgl. Lenel, Edictum S. 122), und dass sie daher auch bei einer condictio incerti mit der intentio quidquid dari fieri oportet angewendet werden könnten, also an sich nicht gegen sie sprechen. Arg. l. 35 D. 8, 2: ex vendito agere potest .... ut servitus imponatur.

angestellt worden war, nur auf die geforderte Geldsumme oder den Werth der geforderten Sache gehen konnte, bei einer condictio incerti dagegen auf das Interesse des Klägers an der Satisdation. Die classischen Juristen wird jener Uebelstand, der ja nur dem halsstarrigen Beklagten fühlbar wurde, wenig gerührt haben. Doch ist es begreiflich, dass seit dem Untergang des Formularprocesses dieser Weg, der doch immer nur ein Umweg war, verlassen wurde, und dass sich eine unmittelbar auf Leistung der Caution gerichtete Klage, bei der in das quanti interest satisdari verurtheilt werden konnte, entwickelt hat. Vielleicht geschah das schon in der vorjustinianischen Praxis; und die Compilatoren haben dann nur die alte Neuerung den classischen Juristen in den Mund gelegt, was ja in der vorliegenden Stelle durch die der Umdeutung entgegenkommenden Wendungen: condicere ut cautio interponatur und condictio interponendae satisdationis gratia, leicht genug gemacht wurde.

Die in unserer l. 3 § 10 ausgesprochene Ansicht wird uns dort als die Ansicht des Pomponius bezeichnet, und Ulpian schliesst sich ihr nur utilitatis gratia an. Warum nur utilitatis gratia? Offenbar weil nicht zu leugnen ist, dass diese Behandlung des vorbehaltlos ausgezahlten Legats als eines plus debito solutum, wenn auch lange nicht so gesucht wie die Erklärung von Pernice, denn doch etwas gewagt erscheint, so dass Ulpian sich nur Angesichts des fühlbaren Bedürfnisses, dem sie abhilft, über diese Bedenken hinwegsetzt. Welcher Art diese Bedenken sind, das ist von keinem Geringeren als Papinian in ebenso kurzer wie classischer Weise ausgesprochen worden.

L. 7 § 4 D. 33, 4, Papinianus libro 18. quaestionum:

Si forte per errorem cautio defensionis omissa sit et ex causa fideicommissi filius dotem acceperit, ut indebitum fideicommissum non repeteretur: cautionis enim praestandae necessitas solutionem moratur, non indebitum facit quod fuit debitum: sed non erit iniquum heredi subveniri.

Der Fall ist im Wesentlichen derselbe wie in l. 3 § 10 cit. Ein Vermächtniss, das nur gegen Leistung einer Sicherheit ausgezahlt zu werden brauchte, ist ohne Vorbehalt gezahlt

worden. Es fragt sich, ob es, nämlich das Vermächtniss — fidei commissum non repetetur! — darum als indebitum zurückgefordert werden könne. Nein, sagt Papinian, die Verpflichtung des Vermächtnissnehmers, Sicherheit zu leisten, wirkt nur wie ein Zahlungstermin (solutionem moratur) und macht die vorbehaltlos geleistete Zahlung ebenso wenig zum indebitum solutum, wie das ante diem Gezahlte mit der condictio indebiti zurückgefordert werden kann[1]).

Diese Abfertigung der Ansicht des Pomponius ist schlagend. Nicht minder schlagend aber ist — und darauf kommt es hier vor Allem an — der darin liegende Beweis, dass die widerlegte Ansicht bestanden hat.

Seine Missbilligung der Lehre des Pomponius hat Papinian auch noch in einer anderen Stelle, freilich ohne Begründung, ausgesprochen.

L. 69 § 3 D. 31, libro 19 quaestionum:

> Fratre herede instituto petit, ne domus alienaretur, sed ut in familia relinqueretur. si non paruerit heres voluntati, sed domum alienaverit vel extero herede instituto decesserit, omnes fideicommissum petent qui in familia fuerunt. quid ergo si non sint eiusdem gradus? ita res temperari debet, ut proximus quisque primo loco videatur invitatus. nec tamen ideo sequentium causa propter superiores in posterum laedi debet, sed ita proximus quisque admittendus est, si paratus sit cavere se familiae domum restituturum. quod si cautio non fuerit ab eo, qui primo loco admissus est, desiderata, nulla quidem eo nomine nascetur condictio, sed si domus ad exterum quandoque pervenerit, fideicommissi petitio familiae competit.

Dass die hier versagte condictio keine andere ist als die condictio certi, hat schon Cujacius[2]) unter Berufung auf l. 7 § 4 cit. ausgesprochen. Und wenn Trampedach[3]) diese Auffassung zwar nicht für ganz abweisbar erklärt, ihre Schwäche aber darin zu finden glaubt, „dass nirgends in der römischen Jurisprudenz die Ansicht vertreten wird, dass die Unterlassung der Caution oder die der Retention eine an sich geschuldete

---

[1]) L. 10 D. 12, 6. — [2]) Comm. in lib. XIX quaestionum Papiniani, ad h. l. — [3]) a. a. O. S. 121.



Leistung zum indebitum macht", so wird sie im Gegentheil durch die besprochene l. 3 § 10 D. 35, 3 ebenso bestätigt, wie umgekehrt unsere Auffassung dieser Stelle durch Papinian in l. 69 § 3 D. 31.

Dass die condictio der l. 3 § 10 D. 35, 3 die auf Rückgabe des Legats gerichtete condictio certae pecuniae oder certae rei ist, und dass uns dies durchaus nichts Wunderbares erscheinen darf, wird auch noch dadurch bestätigt, dass in anderen ganz ähnlichen Fällen, wo ebenfalls ein Vermächtniss ohne Vorbehalt ausgezahlt oder ausgeliefert worden war, eine condictio aber auf Rückgabe des Geleisteten, um die Caution zu erzwingen, aus besonderen Gründen, von denen sogleich die Rede sein wird, ausgeschlossen ist: dass dann statt der condictio eine andere actio eintritt, die auch auf nichts Anderes, als auf Rückgabe des Legats gerichtet ist.

L. 1 § 11 D. 35, 2, Paulus, libro singulari ad legem Falcidiam:

> Si legatarius possessionem nanctus est et non potest avocari ei res, quia voluntate heredis errantis nactus est possessionem, dabitur actio heredi, ut id quod supra dodrantem est offeratur.

Die condictio ist hier deshalb ausgeschlossen, weil es sich, wie Pernice[1]) richtig bemerkt, offenbar um ein Vindicationslegat handelt. Die Auszahlung eines solchen ist keine datio und keine solutio, ebensowenig wie wenn man sonst eine fremde Sache, die man besitzt, dem Eigenthümer ausantwortet. Statt der condictio verweist Paulus daher zunächst auf ein anderes Rechtsmittel, das er zwar nicht nennt, das aber ohne Zweifel kein anderes ist, als das interdictum quod legatorum, und das im vorliegenden Falle nur deshalb auch ausgeschlossen ist, weil der Legatar den Besitz der vermachten Sache mit Willen des Erben und, wie wir als selbstverständlich hinzufügen müssen, bonorum possessor erlangt hat. Dieses Interdict war aber, wie bekannt, ein restitutorisches Interdict, auf Auslieferung des Legats an den bonorum possessor gerichtet; und die versäumte Caution, oder — wenn der Betrag der Quart und seine Ueberschreitung durch das Legat, wie im vor-

---

[1]) S. 250 A. 1.

liegenden Falle, bereits feststeht — der überschiessende Geldbetrag, waren also auch durch das Interdict nur auf demselben Umwege zu erlangen wie durch die condictio. Dasselbe dürfen wir aber auch von der actio, nach Pernice[1]) einer actio in factum, die hier statt des Interdicts für nöthig erklärt wird, unbedenklich annehmen; dasselbe ferner auch von der actio in factum, die Papinian l. 7 § 4 D. 33, 4, am Schluss, statt der condictio im Sinn zu haben scheint, während die Compilatoren das sed non erit iniquum heredi subveniri natürlich auf ihre condictio incerti bezogen haben.

L. 26 D. 35, 2, Scaevola libro 5. responsorum:

> Lineam margaritorum triginta quinque legavit, quae linea apud legatarium fuerat mortis tempore: quaero, an ea linea heredi restitui deberet propter legem Falcidiam. respondi posse heredem consequi, ut ei restituatur, ac si malit, posse vindicare partem in ea linea, quae propter legis Falcidiae rationem deberet remanere.

Auch ein Vindicationslegat, das die Quarta Falcidia verletzt. Die condictio ist daher ausgeschlossen, und die Stelle giebt, ohne es zu nennen, das interdictum quod legatorum auf Restitution. Dass dadurch die Leistung der Caution oder das quod supra dodrantem est erreicht werden soll, wird nicht einmal erwähnt[2]).

L. 7 pr. D. 7, 9, Ulpianus libro 79. ad edictum:

> Si usus fructus nomine re tradita satisdatum non fuerit, Proculus ait posse heredem rem vindicare, et si obiciatur exceptio de re usus fructus nomine tradita, replicandum erit. Quae sententia habet rationem: sed et ipsa stipulatio condici poterit.

Hier ist es die Vindication, die, ich brauche nicht zu sagen warum und mit welchem Erfolge, die Condiction vertritt. Allerdings heisst es dann am Schluss, dass auch die condictio incerti zulässig sei. Aber die Worte sed et — poterit sind mit Pernice[3]) unbedenklich für interpolirt zu erklären.

---

[1]) a. a. O. S. 250 A. 1. — [2]) Pernice, S. 250 A. 1 fragt noch, ob die Vindication am Schluss der Stelle ernsthaft gemeint sei. Ich sage, die Stelle ist von ac si malit an interpolirt. — [3]) a. a. O. S. 203 Anm. 5, Nr. 2: „.... interpolirt. Dahin zähle ich 1. fr. 5 § 1 de usufr. eod. rer. 7, 5 ... und damit natürlich 2. fr. 7 pr. usufr. qu. 7, 9."



Dass die Compilatoren den Umweg des Formularprocesses auch hier abzukürzen suchten, ist erklärlich.

Doch kehren wir zu unserer condictio indebiti quasi plus debito soluti, wie wir sie nennen wollen, zurück.

Wenn es mit der in l. 3 § 10 D. 33, 4 nachgewiesenen Interpolation seine Richtigkeit hat, dann liegt diese condictio noch in einer Reihe anderer Stellen versteckt, deren Unechtheit wir jetzt, auf die gelieferten Beweise gestützt, auch wenn dieselben in sich nichts zum Beweise bieten, getrost behaupten dürfen.

Es liegt nahe, mit einer Stelle des Pomponius selber zu beginnen.

L. 22 § 1 D. 12, 6, libro 22. ad Sabinum:

> Cum iter excipere deberem, fundum liberum per errorem tradidi (P.: mancipavi): incerti condicam ut iter mihi concedatur (P.: in iure cedatur)[1].

Dass hier incerti interpolirt sei, hat zwar schon Trampedach[2]) erkannt. Aber die Interpolation tradidi für mancipavi, die er als Grund dafür anführt, eine Art von Argument, die bei ihm ständig wiederkehrt, ist ein Grund denn doch wohl nicht. Das einzige Argument ist vielmehr der Hinweis auf l. 3 § 10 D. 33, 4. Lassen wir das incerti weg, so bezieht sich das condicam ganz von selber auf den fundus, die condictio wird also zur condictio certae rei, von der der Beklagte aber schon dann freigesprochen wird, wenn er sich herbeilässt, die Servitut in iure zu cediren.

Dasselbe gilt von l. 8 pr. D. 19, 1, Paulus libro 5. ad Sabinum:

> Si tibi liberum praedium tradidero (P.: mancipavero), cum serviens tradere (P.: mancipare) deberem, etiam condictio incerti competit mihi, ut patiaris eam servitutem quam debuit (debui scr. Mo.), imponi.

Ebenso von l. 35 D. 8, 2, Marcianus libro 3. regularum:

> Si binarum aedium dominus dixisset eas quas venderet servas fore, sed in traditione (M.: mancipatione) non fecisset mentionem servitutis, vel ex vendito agere potest vel incertum condicere, ut servitus imponatur.

---

[1]) Pernice, a. a. O. S. 205 Anm. 4. — [2]) a. a. O. S. 142.



Wo incertum — man beachte den ausnahmsweise gewählten Accusativ — für fundum interpolirt sein muss.

Die Anwendungen der condictio indebiti quasi plus debito soluti sind aber noch nicht erschöpft. In den folgenden Stellen dient sie dazu, den Ersatz von Verwendungen zu erzwingen.

L. 40 § 1 D. 12, 6, Marcianus libro 3. regularum:

> Si pars domus, quae in diem per fideicommissum relicta est, asserit ante diem fideicommissi cedentem et eam heres sua impensa refecerit, deducendam esse impensam ex fideicommisso constat et, si sine deductione domum tradiderit (M.: mancipaverit), posse incerti condici, quasi plus debito dederit.

Werfen wir das incerti als interpolirt hinaus, so kann der Erbe das Haus als plus debito solutum mit condictio certae rei zurückfordern und dadurch mittelbar in bekannter Weise den nachträglichen Ersatz der Verwendungen erzwingen. Man beachte wohl die Worte quasi plus debito dederit.

L. 60 D. 30, Iulianus libro 39. digestorum:

> Quod si nulla retentione facta domum tradidisset (Iul.: mancipassent), incerti condictio ei competet, quasi plus debito solverit.

Also sogar eine Stelle von Julian mit derselben charakteristischen Wendung, was uns vielleicht berechtigt, ihn als den Erfinder der condictio indebiti quasi plus debiti soluti anzusprechen. Die Stelle betrifft ohne Frage denselben Fall wie l. 40 § 1 D. 12, 6. Dafür spricht sowohl der Zusammenhang, aus dem sie entnommen ist (das 39. Buch der Julianischen Digesten handelte von den Fideicommissen), als auch der Zusammenhang, in den die Compilatoren sie versetzt haben: mit l. 58 eod. von Papinian, wo derselbe Thatbestand gegeben ist, wie in l. 40 § 1 cit.[1])

Mit der l. 60 D. 30 hat aber, wie schon Lenel[2]) bemerkt hat, wieder eine andere Stelle aus demselben 39. Buche der Digesten Julians im engsten Zusammenhang gestanden:

---

[1]) Vgl. auch Lenel, Julian 551. — [2]) Julian 551, vgl. auch Pernice S. 245 ff., Trampedach S. 105.



L. 33 D. 12, 6:

> Si in area tua aedificassem et tu aedes possideres, condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur: nam is, qui non debitam pecuniam soluerit, hoc ipso aliquid negotii gerit: cum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. sed et si is, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, condictionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat. et ideo constat, si quis, cum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse.

Dass die condictio, die hier deshalb versagt werden muss, weil die Herausgabe einer fremden Sache an den Eigenthümer keine datio und solutio ist, und die einseitige Besitznahme durch ihn noch weniger, — dass diese condictio, sage ich, die condictio des Hauses ist, das bezeugen die Worte: nam is, qui non debitam pecuniam solverit, ... cum autem aedificium in area sua ab alio positum domus occupat, ..., wo die condictio indebiti wegen des Hauses mit der condictio indebiti wegen Geld in handgreifliche Parallele gesetzt wird. Und dass es andererseits dieselbe condictio ist, wie in l. 60 D. 30, dafür spricht der von Lenel, wie gesagt, nachgewiesene ursprüngliche Zusammenhang.

Auch l. 5 § 2 D. 25, 1, Ulpianus libro 36. ad Sabinum, behandelt wenn auch nicht denselben, so doch einen ganz ähnlichen Fall wie l. 60 cit.:

> Si dos soluta sit non habita ratione impensarum, videndum est, an condici possit id, quod pro impensis necessariis compensari solet. et Marcellus admittit condictioni esse locum: sed etsi plerique negent, tamen propter aequitatem Marcelli sententia admittenda est.

Lassen wir das recht verdächtig klingende id quod pro impensis necessariis compensari solet weg, so haben wir wieder eine condictio certae rei, vorausgesetzt natürlich, dass die dos als in körperlichen Sachen bestehend gedacht ist. Das dürfen wir aber auch unbedenklich annehmen. Man beachte ferner den Schlusssatz. Die Meisten, sagt Ulpian, seien zwar gegen

die Ansicht des Marcellus: das erinnert an den Widerspruch Papinians in l. 7 § 4 D. 33, 4. Sed propter aequitatem Marcelli sententia admittenda est: das erinnert an das utilitatis gratia desselben Ulpian in l. 3 § 10 D. 35, 3.

Was sagen wir nun aber zu folgender Stelle?

L. 51 D. 12, 6, Pomponius libro 6. ad Q. Mucium:

Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus.

Dass auch diese Stelle sich in ihrem ursprünglichen Zusammenhange auf denselben Fall bezog, wie l. 60 D. 30 und l. 40 § 1 D. 12, 6, hat schon Lenel[1]) bemerkt. Sie spricht ausdrücklich von der Rückforderung dessen, was als Vermächtniss geleistet worden ist, und sie wäre eine treffliche Bestätigung der bisherigen Ergebnisse, wenn sie — nur das Gegentheil von dem sagte, was sie sagt. Den Ausweg, sie auf ein Vindicationslegat zu beziehen, wo auch wir die condictio nicht zulassen könnten, versperrt uns das si solverimus, da von einer solutio nur bei Fideicommissen[2]) und Damnationslegaten die Rede sein kann. Aber ist nicht ein non ebenso leicht eingeschoben wie gestrichen? Darum sage ich: das non ist interpolirt, was auch mit der Tendenz der übrigen bisher nachgewiesenen Interpolationen im besten Einklang steht.

Die Rechtfertigung der condictio durch quasi plus debito solvisse oder dedisse kommt übrigens noch in anderen Stellen vor. Aber dass es sich in l. 9 § 5 D. 22, 6, l. 39 D. 12, 6, c. 1 c. 9 C. 6, 50 um condictio certae pecuniae handelt, unmittelbar auf Rückzahlung des die Falcidische Quart verletzenden Betrages eines Geldvermächtnisses gerichtet, ist schon von anderer Seite[3]) bemerkt worden. Und auch l. 45 D. 12, 6, l. 30 pr. D. 19, 1 hat man meines Wissens noch nicht auf condictio incerti bezogen[4]).

Wir wenden uns nunmehr zu einer Reihe ganz anders gearteter Stellen, in denen die condictio incerti als condictio liberationis und condictio obligationis erscheint.

---

[1]) Pomp. 251. — [2]) Vgl. jedoch Pernice a. a. O. S. 250. — [3]) Vgl. Pernice a. a. O. S. 250 Anm. 4, Trampedach S. 123. — [4]) Vgl. über sie Pernice a. a. O. S. 251 Anm. 2.



L. 12 D. 46, 2, Paulus libro 31. ad Sabinum:

Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videtur ei qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur. sed si per ignorantiam promiserit creditori, nulla quidem exceptione adversus creditorem uti poterit, quia ille suum recepit: sed is qui delegavit tenetur condictione vel incerti si non pecunia soluta esset, vel certi, si soluta esset, et ideo, cum ipse praestiterit pecuniam aget mandati (P.: fiduciae)[1]) iudicio.

Hier hat schon Pernice[2]) die Worte: condictione vel incerti si non pecunia soluta esset, vel certi si soluta esset, für wahrscheinlich interpolirt erklärt. „Die Stelle“, sagt er, „handelt von den Voraussetzungen der Fiduciaklage und fragt, ob Delegation der Zahlung gleichstehe (eove nomine satis factum est). Der angewiesene Schuldner darf seine Einreden gegen den Delegatar nicht geltend machen; aber der Delegant haftet ihm. Hat dieser dem delegirten Schuldner das Geld ersetzt, das der dem Delegatar hat zahlen müssen, so steht nunmehr ihm (dem Deleganten) die a. fiduciae gegen den Gläubiger zu. Hier schieben sich nun die hervorgehobenen Worte ein. Sie sind überflüssig; denn weshalb der Delegant haftet, ist für die Entscheidung ganz gleichgiltig. Sie sind aber auch geradezu falsch; denn wenn der Delegant dem Delegatar das Geld ersetzt hat, so muss dieser natürlich dem Gläubiger gezahlt haben; und dass dies angenommen wird, folgt aus den vorangehenden Worten: quia suum recepit. Die Alternative passt also nicht. Der Satz wird ausserdem durch das verkehrt gestellte non (*εἰ μή*) verdächtig, das Mommsen in nondum ändert.“ Trampedach[3]) verweist dann noch auf die sogleich zu besprechende ganz ähnliche l. 5 § 5 D. 44, 4, wo die Bezeichnungen certi und incerti fehlen, hält aber, unter Verweisung auf dieselbe Stelle, das condictione noch für echt, und macht ausserdem gegen Pernice geltend, dass von einer geschehenen solutio in der Stelle, soweit sie echt ist, nicht die Rede sei. Es heisse ausdrücklich: si — promiserit creditori, und das quia suum recepit, auf das Pernice sich beruft, brauche durchaus nicht reale Zahlung zu bedeuten, sondern die l. 8 § 3 D. 16, 1 sage ausdrücklich: solvit qui reum delegat.

[1]) Lenel, Paulus 483. — [2]) S. 203 Anm. 5 Nr. 5 (S. 204). — [3]) S. 139.

Das ist auch zweifellos richtig. Nicht aber die Annahme, Paulus habe in der Condictio auch die sog. condictio incerti mit verstanden, so dass er also doch zwischen geschehener und nicht geschehener Zahlung unterschieden und die Klage im ersten Fall auf Ersatz des Gezahlten, im zweiten auf Befreiung von der Schuld gegeben hätte. Die volle Consequenz des Satzes solvit qui reum delegat, oder richtiger das über diesem Satze stehende höhere Princip, ergibt für das classische Recht etwas ganz Anderes. Wenn Delegation der Zahlung gleichsteht, dann muss Delegation auch in jeder Beziehung gleich Zahlung sein. Wenn das Versprechen des Delegaten an den Delegatar gleich ist einer Zahlung des Deleganten an den Delegatar, so muss es auch gleich sein einer Zahlung des Delegaten an den Deleganten, muss es gleich sein einer baaren Geldsumme, die erst aus der Hand des Delegaten in die des Deleganten und von da weiter in die Hand des Delegatars gezahlt wird. Und wenn der Delegant, der seinen Schuldner indebite delegirt hat, gegen den Delegatar die condictio certae pecuniae hat, auf baare Zahlung der vom Delegaten erst versprochenen Summe — quemadmodum si pecuniam solvisset condiceret —: so muss ebenso auch der Delegat, der sich irrthümlich für den Schuldner des Deleganten gehalten hatte, die dem Delegaten nur erst versprochene, noch nicht gezahlte, Geldsumme baar von dem Deleganten condiciren können — quemadmodum si pecuniam solvisset condiceret. Dies, und genau dies, sagt auch unsere l. 12. Dass sie nur die promissio, nicht auch die Zahlung des Delegaten voraussetzt, haben wir schon gesehen. Dass die condictio certae pecuniae gemeint ist, ergibt sich aus den Worten: cum ipse praestiterit pecuniam aget fiduciae iudicio. Denn das heisst: wenn er das durch die condictio, sc. certae pecuniae, ihm abgeforderte Geld gezahlt hat, kann er selber u. s. w.

Einen der eben besprochenen Stelle ganz ähnlichen Fall behandelt die schon erwähnte

L. 5 § 5 D. 44, 4, Paulus libro 71. ad edictum:

Si eum, qui volebat mihi donare supra legitimum modum, delegavero creditori meo, non poterit adversus petentem uti exceptione, quoniam creditor suum petit. in eadem causa est maritus. nec hic enim debet exceptione

summoveri, qui (quia scr. Mo.) suo nomine agit. numquid ergo nec de dolo mulieris excipiendum sit adversus maritum, qui dotem petit, non ducturus uxorem, nisi dotem accepisset? nisi iam divertit. itaque condictione tenetur debitor qui delegavit vel mulier, ut vel liberet debitorem vel, si solvit, ut pecunia ei reddatur.

Dass die im Schlusssatz gegebene condictio liberationis ein Fall der condictio incerti sein soll, ist, wenn sie auch nicht so genannt wird, ausser Frage. Aber darum ist die Stelle doch nicht von so tadelloser Echtheit, wie Trampedach[1]) meint. Die Schlussworte von ut vel liberet, jedenfalls aber von vel si solvit an sind, ebenso wie die denselben Gedanken aussprechenden Worte der l. 12 D. 46, 2, interpolirt[2]). Wir brauchen sie nur zu streichen, und die durch den Satz solvit qui reum delegat geforderte condictio certae pecuniae bleibt übrig.

L. 2 § 3. 4 D. 39, 5, Iulianus libro 60. digestorum:

Aliud iuris erit, si pecuniam, quam me tibi debere existimabam, iussu tuo spoponderim ei cui donare volebas: exceptione enim doli mali tueri me potero et praeterea incerti condictione stipulatorem compellam, ut mihi acceptum faciat stipulationem.

Item si ei, quem creditorem tuum putabas, iussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promisero, petentem doli mali exceptione summovebo et amplius incerti agendo cum stipulatore consequar, ut mihi acceptum faciat stipulationem.

Dass das zweimalige incerti interpolirt ist, folgt, wie bereits Trampedach[3]) bemerkt hat, schon aus der lex gemina, in der das Einschiebsel fehlt.

L. 7 pr. § 1 D. 44, 4, Ulpianus libro 76. ad edictum:

Iulianus ait: si pecuniam, quam me tibi debere existimabam, iussu tuo spoponderim ei cui donare volebas, exceptione doli mali potero me tueri et praeterea condictio mihi adversus stipulatorem competet, ut me liberet.

[1]) S. 138. — [2]) Könnte man ausserdem noch das ganze Zwischenstück in eadem causa — divertit und im letzten Satz die Erwähnung der mulier hinauswerfen, so würde man das auch, um mit Pernice zu reden, „stilistisch als Wohlthat empfinden". — [3]) S. 136.



Idem Iulianus ait, si ei, quem creditorem tuum putabas, iussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promisero, petentem doli mali exceptione summoveri debere, et amplius agendo cum stipulatore consequar, ut mihi acceptam faciat stipulationem.

Doch ist kein Zweifel, dass im Sinne Justinians auch diese Stelle von der condictio incerti auf Liberation zu verstehen ist; im Sinne Julians und Ulpians dagegen alle beide von der condictio certae pecuniae, durch die dann aber, wie die Wendungen: condictione stipulatorem compellam ut mihi acceptam faciat stipulationem u. s. w. andeuten, mit Hilfe des officium iudicis und des Satzes omnia iudicia absolutoria sunt dasselbe Ziel erreicht wird, wie durch die condictio incerti der Compilatoren. Das Besondere an den beiden Stellen ist nur, dass das Versprechen des Delegaten hier ausnahmsweise als unmittelbare Zahlung an den Delegatar, nicht als solche an den Deleganten und von diesem erst an den Delegatar behandelt, und darauf die condictio unmittelbar gegen den Delegatar gegründet wird. Die Gründe für diese Ausnahme gehen uns hier nichts an.

L. 8 § 2 D. 16, 1, Ulpianus libro 29. ad edictum:

Si mulier apud Primum pro Secundo intervenerit, mox pro Primo apud creditorem eius, duas intercessiones factas Iulianus libro duodecimo digestorum scribit, unam pro Secundo apud Primum, aliam pro Primo apud creditorem eius, et ideo et Primo restitui obligationem et adversus eum. Marcellus autem notat esse aliquam differentiam, utrum hoc agatur, ut ab initio mulier in alterius locum subdatur et onus debitoris, a quo obligationem transferre creditor voluit, suscipiat, an vero quasi debitrix delegetur, scilicet ut, si quasi debitrix delegata est, una sit intercessio. proinde secundum hanc suam distinctionem in prima visione, ubi quasi debitrix delegata est, exceptionem ei senatus consulti Marcellus non daret: sed condemnata vel ante condemnationem condicere utique ei a quo delegata est poterit vel quod ei abest vel, si nondum abest, liberationem.

Noch ein Fall der condictio liberationis, zu deren Beseitigung wir aber den Satz solvit qui reum delegat gar nicht einmal nöthig haben. Denn der ganze Schlusssatz von proinde

an ist interpolirt, und Ulpian redete überhaupt nicht von condictio und exceptio, sondern ganz allein von der restitutio actionum.

Dass es mit diesem Schlusssatz nicht ganz geheuer sei, hat schon Lenel[1]) erkannt. Er will aber nur die Worte in prima visione — delegata est als Glossem hinauswerfen. Pernice[2]) dagegen nennt unsere Stelle unter einer ganzen Reihe solcher, wo die Compilatoren condictio und condicere eingeschmuggelt hätten, was wir in unserem Sinn verstehen dürfen. Gründe gibt Pernice allerdings nicht an, und Trampedach[3]) behauptet keine zu entdecken. Aber wie konnte Ulpian in dem gleich folgenden § 3 sagen: interdum intercedenti mulieri et condictio competit, wenn er gerade eben schon von ihrer condictio gesprochen hatte? Dazu kommt, und spricht auch gegen die Vorsicht Lenels, dass, wie H. Appleton[4]) bemerkt, die Wahrscheinlichkeit einer Interpolation unter allen Umständen eine sehr viel grössere ist, als die eines Glossems, und dass das Wort visio, wie derselbe Schriftsteller unter Berufung auf seinen grossen Landsmann Cujacius hervorhebt, gerade dem Sprachschatze der Compilatoren eigenthümlich und „immer interpolirt" ist. Und würde ein Mann wie Ulpian sich wohl um das bemüht haben, was ein anderer Jurist in dem gegebenen Falle sagen würde? Würde er nicht eine Schlussfolgerung aus der fremden Ansicht ohne Ziererei im eigenen Namen von sich geben? Die letzten Worte endlich, von vel quod an, entsprechen genau denen, die wir in l. 12 D. 46, 2 und in l. 5 § 1 D. 44, 4 als Interpolation erkannt haben.

Folgt der schon angekündigte Fall von condictio obligationis.

L. 18 § 1 D. 39, 6, Iulianus libro 60. digestorum:

Si donaturus mihi mortis causa debitorem tuum creditori meo delegaveris, omnimodo capere videbor tantam pecuniam, quanta a creditore meo liberatus fuero. quod si ab eodem ego stipulatus fuero, eatenus capere existimandus ero, quatenus debitor solvendo fuerit: nam et si convaluisset

---

[1]) Ulpian 881. — [2]) a. a. O. S. 205 Anm. 1. — [3]) S. 140. — [4]) Interpolations S. 6 f.



creditor idemque donator, condictione aut in factum actione debitoris obligationem duntaxat reciperet.

Womit gleich zu verbinden ist die lex gemina.

L. 31 § 3 D. eod., Gaius libro 8. ad edictum provinciale:

Si iusseris mortis causa debitorem tuum mihi aut creditori meo expromittere decem, quid iuris esset quaeritur, si iste debitor solvendo non sit. et ait Iulianus, si ego stipulatus fuerim, tantam pecuniam videri me cepisse, in quantum debitor solvendo fuisset: nam et si convaluisset, inquit, donator, obligationem dumtaxat debitoris recipere deberet.

Im Sinne Justinians eine auf Rückübertragung der durch Delegation überwiesenen Forderung gerichtete condictio incerti; im Sinne Julians und Gaius' ein Fall der condictio certae pecuniae, auf Grund des Satzes solvit qui reum delegat, mit der aber wiederum dasselbe erreicht wird wie mit einer condictio incerti. Denn wenn der Beklagte bereit ist, die ihm delegirte Forderung zurück zu delegiren, wodurch ja der Kläger genau das wiederbekommt, was er hergegeben hat (obligationem recipit), so liegt es auch hier wiederum im officium iudicis, ihn als einen, der actori satis fecit, nach dem Satze omnia iudicia absolutoria sunt, freizusprechen.

Zu erwähnen ist noch, dass Pernice[1]) in l. 18 § 1 auch noch die Echtheit der Worte condictione vel in factum actione anzweifelt. Sie seien völlig überflüssig, da nur was, nicht auch wie zurückgefordert werden kann, in diesem Falle bedeutsam sei. Auch fehlten sie in der lex gemina. Aber würden die Compilatoren wohl die actio in factum noch neben der condictio genannt haben, wo ihre condictio incerti ausreichte? Im classischen Recht dagegen war eine actio in factum wohl für den Fall nicht zu entbehren, wo die delegirte Forderung nicht auf certa pecunia lautete.

Die nun folgenden Stellen enthalten wieder die condictio liberationis. Aber eine Delegation liegt nicht zu Grunde, und mit dem Satze solvit qui reum delegat ist daher nichts zu machen.

---

[1]) S. 282 Anm. 4.

L. 31 D. 12, 6, **Ulpianus** libro primo opinionum:

Is, qui plus quam hereditaria portio efficit per errorem creditori caverit, indebiti promissi habet condictionem.

Dass die Beziehung auf Delegation gestrichen sei, um den Anwendungskreis der condictio incerti zu erweitern, scheint ganz ausgeschlossen. Die Stelle bietet keinen Anhalt, dass sie nicht wörtlich so aus Ulpians Feder geflossen sein könnte. Aber vielleicht lässt der Satz solvit qui reum delegat sich analog verwerthen. Denn warum sollte das, was dieses Satzes Kern ist, dass die auf Schuld oder ob causam gemachte promissio des Delegaten dem baaren Gelde gleich ist, warum sollte das nicht auch von der zwischen denselben Parteien auf Schuld oder ob causam geleisteten promissio gelten? In der That ist das die Ansicht von v. **Salpius**[1]. „Wenn also z. B. der Verkäufer", sagt er, „von dem Käufer stipulirte: centum dare spondes? in der Absicht, diese hundert an die Stelle des Kaufpreises treten zu lassen, aber ohne irgend eine Bezugnahme auf das Kaufgeschäft, welchen Einfluss hatte diese Stipulation auf die Fortdauer der Obligation ex vendito? Eine directe Antwort auf diese Frage können wir aus unseren Quellen nicht entnehmen; es sprechen aber überwiegende Gründe dafür, das Resultat, welches wir für die Stipulation von einem Dritten gefunden haben, auch auf diesen Fall auszudehnen. Was zunächst den Gesichtspunkt einer Novation im Sinne des älteren Rechts betrifft, so muss dieser gewiss aufgegeben werden; zu den eben erwogenen Gründen kommt hier noch der hinzu, dass wir bei den Novationsformeln bisher überall eine gleichmässige Anwendung auf die novatio simplex und die Novation mit Personenwechsel wahrgenommen haben. Es wäre eine undenkbare Anomalie, dass die stipulatio certae pecuniae in dem einen Falle als novirend gegolten hätte, in dem andern nicht. ...... Es bleibt also kaum eine andere Vorstellung übrig, als die einer Tilgung ipso iure nach Art einer wirklichen Zahlung. .... Dafür spricht ganz besonders noch die Analogie des Literalcontracts, die wir schon bei der Delegation so entscheidend gefunden haben. Wie wir es dort mit der transscriptio a persona in personam zu thun hatten,

[1]) Novation und Delegation S. 180.



so bildet für unseren Fall die transscriptio a re in personam das parallele Glied der Literalobligation. Wenn der Verkäufer dem Käufer den Kaufpreis mit hundert expensoferirte, so musste, wie wir früher gesehen haben, dem abstracten Posten im expensum ein durch Bezugnahme auf das Kaufgeschäft specialisirter Posten im acceptum entsprechen. Das Kaufgeld als solches war also durch diese Operation bezahlt; die Transscription von der einen auf die andere Seite repräsentirte eben ein Hin- und Herzahlen, einerseits eine solutio, andererseits ein neues creditum. Das neue nomen war nicht mehr Kaufgeld, sondern ein fingirtes Darlehen, welches dem baaren Gelde gleichgestellt war."

So v. Salpius. Wenn demnach in unserer Stelle einer von mehren Erben für seinen Theil mit einem Erbschaftsgläubiger abgerechnet und diesem den so ermittelten Betrag durch abstracte Stipulation: tot nummos dare spondes? versprochen hat, so ist es ebenso, als hätte er dem Gläubiger den Betrag in baarem Gelde gezahlt; die Forderung ist wie durch solutio getilgt. Und wenn die Parteien sich zum Nachtheil des Schuldners verrechnet haben, so hat der Schuldner wegen des zu viel Versprochenen[1]) die condictio indebiti soluti, quemadmodum si pecuniam solvisset condiceret. Dass und wie dadurch dasselbe Ziel erreicht wurde, wie durch eine condictio incerti, brauche ich nicht wieder auszuführen.

Für die Richtigkeit dieser Erklärung der l. 31 cit. lässt sich auch noch anführen die Analogie einiger Stellen, in denen eine Forderung dem Schuldner indebite oder ob causam acceptoferirt worden ist, wo dies gleichfalls dem baaren Gelde gleich erachtet wurde, und wo die Compilatoren die classische condictio certae pecuniae unberührt gelassen, nicht etwa, was sehr unpraktisch gewesen wäre, eine condictio obligationis an ihre Stelle gesetzt haben.

---

[1]) Man beachte auch den Ausdruck: indebiti promissi habet condictionem, das wörtlich verstanden doch nur auf den Gegenstand des Versprechens, also die Geldsumme, nicht auf das Versprechen selber, die promissio, gedeutet werden kann. Doch will ich nicht zuviel Gewicht auf dies Argument gelegt haben.



L. 4 D. 12, 4, Ulpianus libro 29.[1]) ad edictum:

Si quis accepto tulerit debitori suo, cum conveniret, ut expromissorem daret, nec ille det, potest dici condici posse ei, qui accepto sit liberatus.

Bekker[2]) hält das zwar doch für einen Fall der condictio obligationis. Aber wie irrig das ist, ergibt sich aus

L. 10 D. eod., Iavolenus libro 1. ex Plautio:

Si mulier ei cui nuptura erat cum dotem dare vellet, pecuniam quae sibi debebatur acceptam fecit neque nuptiae insecutae sunt, recte ab eo pecunia condicetur, quia nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa an per acceptilationem pervenerit.

Hier ist ausdrücklich gesagt, dass auch die acceptilatio der baaren Zahlung gleichsteht. Auch entspricht ja die acceptilatio schon durch ihren Namen dem acceptum ferre des Literalcontracts, auf dessen Analogie v. Salpius uns verwiesen hat. Und wenn Bekker dieser Stelle gegenüber auf die acceptilatio einer Forderung von unbestimmtem Betrage, z. B. einer Rente verweist, so haben die bisherigen Ausführungen wohl Anhalt genug dafür geliefert, dass die classischen Juristen solchenfalls sich vielmehr mit einer actio in factum behalfen.

Bei dieser und einer dritten Stelle desselben Inhalts war Pernice sogar nahe daran, überhaupt das Richtige über die condictio incerti auszufinden.

L. 8 § 8 D. 16, 1, Ulpianus libro 29. ad edictum:

Si convenerit cum debitore, ut expromissorem daret, et acceptum ei latum sit, deinde is dederit mulierem quae auxilio senatus consulti munita est, potest ei condici, quasi non dedisset: quid enim interest, non det an talem det? ...

Es sei fraglich, meint Pernice[3]) unter Hinweis auf diese beiden Stellen, ob alle Condictionen auf ein Thun wirklich incertae seien, oder ob man nicht unter Umständen gleich die ursprüngliche Leistung zurückfordern durfte.

Ist unsere Erklärung der l. 12 D. 46, 2 richtig, so können die übrigen Stellen derselben Art uns keine besondere Schwierigkeit mehr machen.

[1]) Fl. 39; vgl. Lenel, Ed. S. 229 Anm. 2, Ulpian 882. — [2]) Actionen I. S. 109 Anm. 29. — [3]) S. 210 Anm. 1 a. E. (S. 211).

L. 3 D. 12, 7, **Iulianus** libro 8. digestorum:

Qui sine causa obligantur, incerti condictione consequi possunt ut liberentur: nec refert, omnem quis obligationem sine causa suscipiat an maiorem quam suscipere eum oportuerit, nisi quod alias condictione id agitur, ut omni obligatione liberetur, alias ut exoneretur: veluti qui decem promisit, nam si quidem nullam causam promittendi habuit, incerti condictione consequitur, ut tota stipulatio accepto fiat, at si, cum quinque promittere deberet, decem promisit, incerti consequetur, ut quinque liberetur.

Wir brauchen nur das dreimalige incerti mit **Trampedach**[1]) zu streichen und können uns, unter Hinweis auf l. 12 D. 46, 2, alle weiteren Ausführungen sparen.

Etwas mehr Schwierigkeit macht

L. 1 pr. D. eod., **Ulpianus** libro 43. ad Sabinum:

Est et haec species condictionis, si quis sine causa promiserit vel si solverit quis indebitum. qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest, quam non dedit, sed ipsam obligationem.

Die Stelle sagt unstreitig das Gegentheil von dem, was wir bisher nachgewiesen haben. Nun hat aber die ganze lex schon auf **Baron**[2]) den Eindruck gemacht, „den man so oft beim Lesen der Digesten erhält: den Eindruck, dass bloss Anfang und Ende einer juristischen Exposition vorliegen, die Mitte aber von den Compilatoren herausgeschnitten ist.“ Die Stelle ist also jedenfalls verdächtig, und schon **Pernice**[3]) erklärt denn auch die darin zwar nicht ausdrücklich genannte, aber zweifellos gemeinte condictio incerti (liberationis) für „vielleicht“ interpolirt. Der Gedankengang der Stelle ist in der That merkwürdig. Offenbar ist sie der Beginn eines neuen Abschnittes innerhalb einer längeren Abhandlung, in der schon mehrere Typen (species) von Condictionen durchgenommen worden sind. In unserer Stelle will Ulpian zu einer neuen Species übergehen, nennt aber merkwürdigerweise gleich deren zwei, das sine causa promissum und das indebitum solutum. Und zwar nennt er das indebitum solutum hinter dem sine causa promissum, während man es doch umgekehrt

[1]) S. 144. — [2]) Condictionen S. 39. — [3]) S. 203 Anm. 5 No. 5.



erwarten sollte[1]). Der Jurist müsste doch bereits alle Fälle des datum abgehandelt haben, ehe er sich mit seinem est et haec species condictionis denen des promissum zuwenden konnte. Ich vermuthe daher, dass die Worte vel si solverit quis indebitum die durch die Compilatoren stehen gelassenen Reste einer Erörterung sind, in der Ulpian entwickelte, dass das promissum sine causa dem solutum sine causa gleich sei und dass es ebenso condicirt werden könne, wie si solverit quis indebitum. Der zweite Satz ist dann rein compilatorische Stilübung, wodurch man dem feinen Gedanken Ulpians, um ihn in sein Gegentheil zu verkehren, die eigene kümmerliche Weisheit aufstülpte. Ulpian hätte es, wenn anders die condictio incerti zu seiner Zeit eine ausgemachte Sache und wohl gar im Edict proponirt war, sicherlich nicht für nöthig befunden, sie mit einer solchen Plattheit zu vertheidigen.

L. 24 D. 12, 6, Ulpianus libro 43. ad Sabinum:

> Si is qui perpetua exceptione tueri se poterat, cum sciret sibi exceptionem profuturam, promiserit aliquid, ut liberaretur condicere non potest[2]).

Im Sinne Justinians die condictio incerti auf Liberation, im Sinne Ulpians dagegen wieder die bekannte condictio certae pecuniae, aber mit demselben Erfolg: ut liberaretur.

L. 5 § 1 D. 19, 1, Paulus libro 3. ad Sabinum:

> Sed si falso existimans se damnatum vendere vendiderit, dicendum est agi cum eo ex empto non posse, quoniam doli mali exceptione actor summoveri potest, quemadmodum, si falso existimans se damnatum dare promisisset, agentem doli mali exceptione summoveret. Pomponius etiam incerti condicere eum posse ait, ut liberetur.

Dass die Worte quoniam — potest interpolirt sind, hat schon Lenel[3]) erkannt. Streichen wir mit Trampedach[4]) auch das incerti, so scheint eine condictio certae rei übrig zu bleiben, weil es sich auch vorher bei dem irrthümlich vorgenommenen Verkauf um die verkaufte Sache, nicht um den

---

[1]) Das ist auch schon den Verfassern der Basiliken aufgefallen und sie haben daher, Bas. 24, 8, 1, die Reihenfolge umgekehrt. — [2]) Mommsen interpungirt: . . . promiserit aliquid ut liberaretur, condicere non potest. — [3]) Paulus 1636. — [4]) S. 143.

Kaufpreis handelt. Aber eine condictio der bloss promittirten und daher noch im Eigenthum des Promittenten befindlichen individuellen Sache ist aus bekannten Gründen ausgeschlossen, eine sog. condictio certi ut liberer also nur bei Geldpromissionen zulässig; wie denn auch v. Salpius nur von der Geldpromissio sagt, dass sie der baaren Zahlung gleichstehe. Daher haben wir bei unserer Stelle, meine ich, nur die Wahl, entweder den ganzen letzten Satz: Pomponius — liberetur für unecht zu erklären, vielleicht eine Reminiscenz der Compilatoren aus der gleich zu besprechenden l. 16 § 2 D. 4, 4; oder aber anzunehmen, Paulus habe in der That nur ein Geldlegat und eine Geldpromissio im Sinne gehabt. Oder vielleicht noch besser so: zuerst, wo nur die exceptio doli in Frage ist, dachte Paulus an das Damnationslegat schlechtweg, ohne Unterschied des Gegenstandes; die condictio dagegen hatte er oder sein Gewährsmann Pomponius ausdrücklich auf den Fall des Geldlegats und der Geldpromissio beschränkt, und die Compilatoren haben diese Einschränkung, die für ihre condictio incerti keinen Sinn hatte, gestrichen. Die auffallende Kürze des letzten Satzes könnte für diese Annahme sprechen.

Nun noch ein paar Stellen, wo die condictio liberationis, wie ich nachweisen zu können glaube, in dem Urtext des Juristen gar keinen Anhalt findet, sondern aus blauer Luft interpolirt ist.

L. 16 § 2 D. 4, 4, Ulpianus libro 11. ad edictum:

> Pomponius quoque refert, libro vicensimo octavo, cum quidam heres rogatus esset fratris filiae complures res dare ea condicione, ut, si sine liberis decessisset, restitueret eas heredi et haec defuncto herede heredi eius cavisset se restituturam, Aristonem putasse in integrum restituendam. sed et illud Pomponius adicit, quod potuit incerte condici haec cautio etiam a maiore: non enim ipso iure, sed per condictionem munitus est.

Der Nachweis ist hier nicht ganz leicht. Im principium sagt Ulpian, der Prätor habe, wenn in integrum restitutio gefordert werde, zu untersuchen, ob der Implorant nicht schon communi auxilio et mero iure munitus sei, und nur, wenn dies nicht der Fall sei, die Restitution zu gewähren. In §§ 1 und 2 wird das durch Beispiele erläutert: In § 1 sehen wir einen

Fall, wo die Restitution versagt werden muss: satis enim ipso iure munitus est, der Implorant nämlich. In unserem § 2 dann umgekehrt ein Fall, wo die Restitution zu gewähren ist: non enim ipso iure ..... munitus, oder, da es sich um eine Implorantin handelt, trotz der Florentina richtiger: munita est[1]). Statt dass sich nun aber diese Worte, ebenso wie die entsprechenden des § 1, unmittelbar an die Entscheidung anschliessen, kommt erst ein Zwischensatz von noch dazu sehr schlechtem Latein (quod statt acc. c. inf.), der den Zusammenhang nicht nur unterbricht, sondern ihm geradezu ins Gesicht schlägt. Ein sicheres Zeichen der Interpolation, wie auch Pernice[2]) und Trampedach[3]) annehmen. Wenn Pomponius wirklich die condictio incerti gekannt und genannt hätte, dann war die Implorantin ja communi auxilio et mero iure munita und hatte die restitutio in integrum gar nicht nöthig. Eine andere condictio aber, eine condictio nach Art der in den bisher besprochenen Stellen nachgewiesenen, war auch nicht statthaft, da der Satz solvit qui promittit, wenn wir ihn so formuliren dürfen, bei Prommissionen individueller Sachen nicht gilt, wie wir ja gerade eben gesehen haben. Daher denn auch die Worte sed per condictionem in dem letzten Satze unecht sein müssen. Die Compilatoren haben sie eingeflickt, um den durch die erste Interpolation in die Stelle hineingebrachten inneren Widerspruch auf möglichst ungeschickte Weise zu verdecken. Dafür zeugt schon die Mühe, die diese Worte den Erklärern von jeher gemacht haben[4]).

L. 46 D. 23, 3, Iulianus libro 16. digestorum:

> Quemadmodum invito domino servus stipulatus adquirit, ita, si dotem domini nomine sibi promitti patiatur, obligatio domino adquiritur. sed neque periculum dominus praestare debebit (si forte debitor mulieris dotem promiserit) neque culpam. traditione quoque rei dotalis in persona servi vel filii familias facta dos constituitur ita, ut neque periculum nec culpam dominus aut pater praestet, igitur hanc dotem

---

[1]) Vgl. Burchardi, Wiedereinsetzung S. 103 Anm. 54. — Oder haben die Compilatoren das Geschlecht absichtlich geändert, im Zusammenhang mit der anderen gleich nachzuweisenden Interpolation? Warum aber? — [2]) S. 203 Anm. 5 No. 3. — [3]) S. 142. — [4]) Burchardi, Wiedereinsetzung S. 102 ff.; Glück 5, S. 420 ff.

periculo mulieris esse dico, quamdiu dominus vel pater ratam promissionem vel donationem habuerit: ideoque etiam manente matrimonio res quas tradiderit condictione repetituram, item incerti condictione consecuturam, ut promissione liberetur.

Die Bedenken gegen diese Stelle hat schon Pernice[1]) in so ausführlicher Weise begründet, dass ich ihnen nichts hinzuzusetzen habe. „Dass für promissio dotis", sagt Pernice, „hier überall dictio einzusetzen ist, wird nicht bestritten werden (Julian 269 L.). Auch die folgende Ausführung Julians bezieht sich darauf. Die Tradition zur Dos kommt unvermittelt dazwischen; es wiederholt sich weitschweifig mit denselben Worten das eben Gesagte. Wirft man den Satz aus: traditione — praestet, so wird Julian von der persona servi in qua traditio facta est befreit, was man juristisch und stilistisch als Wohlthat empfinden wird; es muss dann im Folgenden das sinnlose vel donationem gestrichen werden, das schon Cujaz in dationem ändern wollte; es muss endlich auch der Schlusssatz fallen. Die Erörterung wird damit klarer: hier wird die Tradition vor der Promissio behandelt; im Text der Stelle selber ist es umgekehrt. Dieser Chiasmus ist ein Zeichen der Interpolation (Gradenwitz, bullettino dell' Ist. di dir. R. 2, 6 s., vgl. fr. 31 eod.) Die Sache ist ohne den Schlusssatz sehr einfach: die Frau nimmt sofort die auf Grund der nichtigen Diction übergebenen Gegenstände selbst in Anspruch, natürlich mit c. certi. Es verschwände also wieder eine Erwähnung der c. incerti aus dem classischen Rechte."

L. 76 D. 23, 3, Tryphoninus libro 9. disputationum:

Si pater mulieris mortis causa dotem promiserit, valet promissio: nam et si in tempus, quo ipse moreretur, promisisset, obligaretur. sed si convaluerit, cur ei non remittatur obligatio per condictionem, atque si stipulanti quivis alius promisisset aut dotem alicuius nomine? nam ut corporis vel pecuniae translatae, ita obligationis constitutae mortis causa condictio est. non idem dicendum est in persona mulieris, si mulier mortis suae causa dotem promiserit, quia, nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est.

---

[1]) a. a. O. S. 206 Anm. 1.

Hier halte ich das ganze Zwischenstück sed si convaluerit — condictio est für reinweg interpolirt. Es unterbricht den Zusammenhang durch Erörterung einer gar nicht hergehörigen Frage; man braucht es bloss wegzulassen, so schliessen der erste und der letzte Satz sich glatt an einander. Auch erinnert der Stil an jene von Eisele[1]) bemerkte Eigenthümlichkeit „justinianischer Constitutionen", darin bestehend, „dass mit der Disposition des Gesetzes die Motivirung verbunden wird, und zwar ungemein häufig in Form directer Fragesätze." Dazu kommt die wunderbar ungeschickte Wendung: si stipulanti quivis alius promiserit aut dotem alicuius nomine, die auch Mommsen als der Verbesserung bedürftig behandelt, ferner der durch die bisherigen Nachweise hinreichend verdächtig gewordene Ausdruck condictio obligationis[2]). Und endlich lässt sich noch die Frage aufwerfen, ob ein classischer Jurist die promissio mortis causa im Fall der Genesung nicht einfach ipso iure hätte erlöschen lassen, ebenso wie die promissio dotis, falls die Ehe nicht zu Stande kommt. Zwar sucht Savigny[3]) die condictio, die ihm auch auffallend ist, dadurch zu erklären, dass die Worte mortis causa nicht genügt hätten, den Mangel einer ausdrücklich zu erklärenden Bedingung nisi convaluero zu ersetzen. Aber ist es bei der promissio dotis nicht ganz ebenso? Gegen diese Analogie spricht auch nicht etwa

L. 52 § 1 D. 24, 1, Papinianus libro 10. quaestionum:

> Uxor viro fructum ab herede suo dari, quod si datus non fuisset, certam pecuniam mortis causa promitti curavit: defuncto viro viva muliere stipulatio solvitur, ut traditio, quae mandante uxore mortis causa facta est: nam quo casu inter exteros condictio nascitur, inter maritos nihil agitur.

Die hier inter exteros für nothwendig erklärte condictio bezieht sich auf einen Fall der Delegation, wo ihre Nothwendigkeit auch unbestritten ist. Für die einfache mortis causa promissio ohne Delegation beweist das gar nichts.

Als letzte der von der condictio liberationis handelnden Stellen folgt jetzt eine, die uns nicht unerhebliche Schwierigkeiten bereiten wird.

---

[1]) Zeitschr. der Sav.-Stift. f. R.-G. VII, S. 23. — [2]) Vgl. Pernice S. 205, Anm. 4 a. E. (S. 206). — [3]) System 4, S. 257 Anm. m.



L. 1 pr. D. 36, 4, Ulpianus libro 52. ad edictum:

Si quis, cum vetitus esset satis accipere, acceperit, an repeti satisdatio ista possit, ut heres condicat liberationem? et quidem si sciens heres indebitum cavit, repetere non potest. quid deinde, si ignoravit remissam sibi satisdationem? potest condicere. si vero hoc non potuisse remitti crediderit, numquid condicere possit qui ius ignoravit? adhuc tamen benigne quis dixerit satisdationem condici posse.

Zwar der Ausdruck repetere satisdationem ist höchst verdächtig, und da er ausserdem ganz genau dasselbe sagen will wie condicere liberationem, so enthält die erste Frage eine Tautologie. Aber so leicht es ist, das ut heres condicat liberationem hinauszuwerfen: was um Himmels willen setzen wir für satisdationem repetere? Auf was sollen wir uns die condictio, wenn sie auf satisdatio nicht gehen soll, im Sinne Ulpians gerichtet denken? Auf Geld geht nicht, da die cautio legatorum servandorum causa, um die es sich handelt, nicht auf certa pecunia gerichtet, dieselbe auch, gerade weil sie eine cautio ist, niemals als Zahlung gelten kann. Und von alia certa res kann erst recht nicht die Rede sein. Oder vielleicht doch? In der That weiss ich mir nur einen Ausweg: die fiducia. Warum sollte auch statt der satisdatio durch Bürgen, wie das Edict sie forderte, nicht gelegentlich, wenn keine Bürgen aufzutreiben waren, eine Sicherung durch Pfand vorgekommen sein? Nehmen wir dies an, stellen wir den Anfang der Stelle folgendermassen her:

Si quis cum vetitus esset satis accipere, fiduciam acceperit, an repeti fiducia ista possit,

streichen wir ferner die verdächtigen Worte ut heres condicat liberationem, und setzen wir auch im Folgenden fiduciam für satisdationem, so wäre vielleicht auch diese Schwierigkeit gelöst.

Es folgen jetzt zwei Stellen ganz anderer Art.

L. 26 § 12 D. 12, 6, Ulpianus libro 26. ad edictum:

Libertus cum se putaret operas patrono debere, solvit: condicere eum non posse, quamvis putans se obligatum solvit, Iulianus libro decimo digestorum scripsit: natura enim operas patrono libertus debet. . . . . sed si operas patrono exhibuit non officiales, sed fabriles, veluti pictorias vel

alias, dum putat se debere, videndum an possit condicere. et Celsus libro sexto digestorem putat eam esse causam operarum, ut non sint eaedem neque eiusdem hominis neque eidem exhibentur: nam plerumque robur hominis, aetas temporis opportunitasque naturalis mutat causam operarum, et ideo nec volens quis reddere potest. sed hae, inquit, operae recipiunt aestimationem: et interdum licet aliud praestemus, inquit, aliud condicimus: ut puta fundum indebitum dedi et fructus condico: vel hominem indebitum, et hunc sine fraude modico distraxisti, ... sic et in proposito, ait, posse condici, quanti operas essem condicturus.

Baron[1]) und Bekker[2]) denken hier an eine condictio incerti mit der intentio si paret quanti operas essem conducturus dare oportere; Pernice[3]) dagegen, unter Hinweis auf die den Condictionen nahe verwandte actio operarum[4]), an eine „auf dare operas selbst gerichtete Formel", also eine Art condictio certae rei. Meines Erachtens haben wir nur die Wahl zwischen dem Vorschlag von Pernice und einer auf den vom Kläger zu ermittelnden und anzugebenden Betrag der quanti operas essem conducturus gerichteten condictio certae pecuniae. Das licet aliud praestemus aliud condicimus spricht mehr für das zweite[5]).

Ganz ebenso liegt die Sache in

L. 65 § 7 D. 12, 6, Paulus libro 17. ad Plautium:

Sic habitatione data pecuniam condicam, non quidem quanti locari potui sed quanti tu conducturus fuisses.

Baron[6]) denkt sich dazu, ähnlich wie in l. 26 § 12 cit., eine auf s. p. quanti N. N. habitationem conducturus fuisset dare oportere gerichtete intentio; wogegen Pernice[7]) und Trampedach[8]) einer auf habitationem dare oportere gehenden

---

[1]) Condictionen S. 2. — [2]) Actionen I. S. 110. — [3]) a. a. O. S. 210, S. 85 Anm. 4. Vgl. auch Trampedach S. 128 ff. — [4]) Vgl. Lenel, Ed. S. 270. — [5]) Vgl. auch l. 25 D. 19, 5, Marcianus libro 3. regularum: ... si per errorem operae indebitae datae sunt, ipsae repeti non possunt. Wenn man nur das ipsae betont, so verschwindet auch der Gegensatz zu desselben Juristen Ausspruch in l. 40 § 2 D. 12, 6 und zu unserer l. 26 § 12 D. 12, 6, vorausgesetzt, dass man l. 40 § 2 in demselben Sinne versteht wie l. 26 § 12. — [6]) Condictionen S. 230. — [7]) S. 209 Anm. 5. — [8]) S. 128.

condictio triticaria den Vorzug geben. Dass Paulus der Anwendung der condictio certae rei auf Servituten nicht abgeneigt war, will ich nicht bestreiten[1]). Aber die Worte pecuniam condicam scheinen doch sehr für eine auf den Betrag des quanti tu locaturus fuisses gerichteten condictio certae pecuniae zu sprechen[2]). Die Ausführungen des Paulus in der l. 65 cit. scheinen überhaupt von den Compilatoren stark zusammengestrichen worden zu sein, und es steht uns daher frei, anzunehmen, Paulus habe in dem vorliegenden Paragraphen einen Fall im Sinne gehabt, wo die habitatio gar nicht in rechtsförmlicher Weise bestellt worden, eine condictio auf Rückübertragung also gar nicht nöthig war. Sonst hätte die condictio doch vor allen Dingen darauf gehen müssen, nicht bloss auf das quanti tu locaturus fuisses.

So bleibt uns denn zum Schluss noch eine Reihe von Stellen, bei denen, namentlich bei der zuerst zu nennenden Hauptstelle, der Versuch, sie als interpolirt nachzuweisen, auf den ersten Blick als aussichtslos erscheinen mag. Ich meine die Stellen über condictio possessionis.

Die Hauptstelle ist

L. 15 § 1 D. 12, 6, Paulus libro 10. ad Sabinum:

> Sed et si nummi alieni dati sint, condictio competet, ut vel possessio eorum reddatur: quemadmodum si falso existimans possessionem me tibi debere alicuius rei tradidissem, condicerem. sed et si possessionem tuam fecissem ita, ut tibi per longi temporis praescriptionem avocari non possit, etiam sic recte tecum per indebitam condictionem agerem.

Die Stelle ist, wie Trampedach[3]) bemerkt, die einzige, in der die condictio possessionis, weil buchstäblich ausgesprochen, völlig unzweifelhaft erscheint. Und abgesehen von dem auch von Trampedach beachteten etwas ungewöhnlichen per indebitam condictionem agere scheint sie von tadellosem Latein. Nur aus den bisherigen Ergebnissen der Untersuchung können wir daher das Recht entnehmen, den Zweifel auch in diese Stelle hineinzutragen.

---

[1]) Vgl. l. 12 D. 12, 6. Anders Ulpian l. 75 § 3 D. 45, 1. — [2]) Vgl. auch Dernburg, Band 2, S. 141 Anm. 28. — [3]) S. 106.



Sollte der Jurist vielleicht das Gegentheil gesagt und die condictio rei gemeint haben? Etwa so:

> Sed si nummi alieni dati sint, condictio non competet, quemadmodum nec si falso existimans .... tradidissem, condicerem —?

Ich fürchte, man wird den Kopf schütteln. Aber mehr Aussicht hätten wir vielleicht, wenn wir ein anderes Rechtsmittel namhaft machen könnten, das Paulus an Stelle der nicht zulässigen condictio rei empfohlen hätte; und die Compilatoren hätten dann eine condictio incerti daraus gemacht. Etwa die actio Publiciana? Denn dass diese nur dem bonae fidei possessor zu Gute käme, spricht nur zu ihren Gunsten. Wir könnten uns also der l. 7 § 1 D. 7, 9 erinnern, wo sogar die rei vindicatio die Stelle der condictio indebiti vertritt. Es geht aber doch nicht. Denn wenn es auch jetzt, nach Hingabe der fremden Geldstücke, immer noch wahr ist, dass der Kläger sie z. B. von seinem eigenen Schuldner im guten Glauben in Zahlung erhalten hat, so ist es doch nicht wahr, dass sie, wenn er sie ein Jahr lang besessen hätte, jetzt sein wären ex iure Quiritium. Das durch die Ersitzung erlangte Eigenthum wäre vielmehr durch die Uebergabe der Geldstücke an den Empfänger übergegangen.

Anders allerdings bei einer res mancipi, deren Eigenthum durch blosse Uebergabe nicht verloren geht. Ist eine res mancipi indebite übergeben worden, so hat der Uebergebende, falls er quiritarischer Eigenthümer ist, die rei vindicatio, falls er nur das in bonis hat, die actio Publiciana. Der Beklagte wird allerdings die exceptio doli vorschützen; aber ebenso wie in l. 7 § 1 D. 7, 9, deren Analogie vollkommen zutrifft, wird dem Kläger dann durch eine replicatio geholfen[1]). Bei indebite übertragenem bonitarischen Eigenthum vertreten also rei vindicatio und actio Publiciana die Stelle der condictio indebiti, und einer condictio possessionis bedarf es daher gar nicht.

In unserem Falle dagegen spricht gegen die actio Publiciana auch noch, dass gar nicht einzusehen ist, was die Compilatoren veranlassen konnte, die Publiciana ganz auszumerzen,

[1]) Vgl. auch l. 1 § 5 D. 21, 3.



während sie in l. 7 § 1 D. 7, 9 mit immerhin anerkennenswerther Bescheidenheit ihr eigenes Fabricat neben die vom Juristen gegebene rei vindicatio gestellt haben. Das von ihnen getilgte Rechtsmittel musste daher ein solches gewesen sein, das sie auch sonst nicht mehr geduldet haben.

Kann noch ein Zweifel walten? Natürlich das interdictum Utrubi!

Beweis: possessionem avocare.

Nach Ausweis des „Index" kommt avocare in den Digesten gerade zwanzigmal vor, ausserdem bei Gaius zweimal, bei Paulus einmal und in den Vaticanischen Fragmenten zweimal. Nur in sechzehn von diesen fünfundzwanzig Stellen[1]) ist damit ein auf Herausgabe einer Sache gehendes Rechtsmittel gemeint, und zwar siebenmal die hereditatis petitio[2]), dreimal die actio Serviana[3]), je einmal die actio Calvisiana[4]) und das interdictum Quod legatorum[5]), und, von unserer l. 15 § 1 abgesehen, dreimal das interdictum Utrubi[6]).

Von Vat. fr. 293 ist dies längst bekannt:

> rerum autem mobilium sive moventium, si excepti non fuistis, quae mancipi sunt usucapta vel mancipata, post vel antea maiore tempore a vobis anni possessa avocari non possunt; nec mancipi vero traditione facta propter eiusdem interdicti potestatem similis possessionis probatio necessaria est.

Dasselbe kann aber, seit auch Ubbelohde[7]) sich neuerdings dafür erklärt hat, von l. 3 pr. D. 19, 1, Pomponius libro 9. ad Sabinum, als ausgemacht gelten:

> Ratio[8]) possessionis, quae a venditore fieri debeat, talis

[1]) Die Stellen, deren Mittheilung ich der Freundlichkeit des Herrn Professor Gradenwitz verdanke, sind: 1. l. 2 § 27 D. 1, 2; 2. l. 24 § 2 D. 5, 1; 3. l. 75 D. eod.; 4. l. 36 D. 9, 4; 5. l. 15 § 1 D. 12, 6; 6. l. 3 pr. D. 19, 1; 7. l. 66 pr. D. 21, 2; 8. l. 6 D. 22, 3; 9. l. 3 § 6 D. 22, 5; 10. l. 17 D. 28, 3; 11. l. 4 D. 28, 4; 12. l. 110 D. 35, 1; 13. l. 1 § 11 D. 35, 2; 14. l. 26 D. 39, 2; 15. l. 6 D. 39, 5; 16. l. 22 pr. D. 43, 26; 17. l. 20 D. 46, 3; 18. l. 3 § 22 D. 49, 16; 19. l. 13 pr. D. eod.; 20. l. 2 D. 50, 11; 21. Gai. 2, 148; 22. Gai. 2, 149; 23. Paul. 3, 46 § 8; 24. Vat. fr. 293 (106, 2); 25. eod. (106, 18). — [2]) Vgl. No. 4. 7. 17. 21. 22. 23. 25. — [3]) No. 10. 11. 12. — [4]) No. 8. — [5]) No. 13. — [6]) No. 6. 16. 24. — [7]) Besitzinterdicte S. 599 Anm. 64. Vgl. Pflüger, Besitzklagen S. 110. — [8]) Cujacius: traditio.

est, ut si quis eam possessionem iure[1]) avocaverit, tradita possessio non intellegatur.

Und dasselbe ist endlich auch anzunehmen von

L. 22 pr. in fine D. 43, 26, Venuleius libro 3. interdictorum:

... si possessorem precario rogaverit, qui rem avocare ei possit, teneri eum precario.

Nur dass man mit Ubbelohde[2]) diese Stelle ausser auf das Utrubi auch noch auf die rei vindicatio, actio Publiciana, hereditatis petitio, die interdicta de precario und Unde vi beziehen kann.

Eine condictio kommt jedenfalls in keiner der avocare-Stellen vor. Das „Condictionenwort", um einen Ausdruck von Pernice[3]) zu gebrauchen, ist ja auch vielmehr repetere. Und so scheint es mir denn, zumal es in unserer l. 15 § 1, ebenso wie in der sicheren Utrubi-Stelle l. 3 pr. D. 19, 1, ausdrücklich heisst possessionem avocare, nicht zu kühn, auch diese Stelle dem interdictum Utrubi zu vindiciren.

Demnach stände also in dem ersten Satze condictio für interdictum Utrubi und condicerem für interdicerem. Im zweiten Satze könnte per longi temporis praescriptionem für per maiorem parte huiusce anni gesetzt sein, und letzteres wäre dann halb als Citat der Interdictenformel gemeint gewesen: „so dass dir der Besitz wegen der Clausel 'maiore parte huiusce anni' nicht entzogen werden kann". Gefällt das nicht, so bleibt uns immer noch der Ausweg: per illa verba huius interdicti 'maiore parte huiusce anni'. Ferner wären die Schlussworte: etiam sic recte per indebitam condictionem agerem zu streichen. Wenn aber mit dem interdictum Utrubi nicht mehr durchzudringen ist, dann, wird der Jurist gesagt haben, ist nichts zu machen, bis der Besitzer der Geldstücke diese consumirt oder ersessen und dadurch die condictio möglich gemacht hat. Das et zu Anfang dieses Satzes müsste dann aber auch fallen.

L. 19 § 2 D. 43, 26, Iulianus libro 49. digestorum:

Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti condictione, id est praescriptis verbis.

---

[1]) Pomp.: interdicto? — [2]) a. a. O. S. 220. — [3]) a. a. O. S. 205 bei Anm. 4.



Dass hier die Worte id est praescriptis verbis den Compilatoren zu belasten sind, ebenso wie in l. 2 § 2 eod. der ganze die actio praescriptis verbis enthaltende zweite Satz, dies nachgewiesen zu haben ist bekanntlich das grosse Verdienst von Gradenwitz[1]). Unter anderen Beweisgründen beruft dieser sich auf den Widerspruch, in dem die beiden Stellen mit l. 14 § 11 D. 47, 2, Ulpianus libro 29. ad Sabinum stehen:

> Is qui precario servum rogaverat subrepto eo potest quaeri an habeat furti actionem. et cum non est contra eum civilis actio (quia simile donato precarium est) ideoque et interdictum necessarium visum est, non habebit furti actionem.

Dass auch die incerti condictio durch diese Stelle Lügen gestraft wird, namentlich wenn wir die noch entschiedener redende L. 14 D. h. t. Paulus libro 13. ad Sabinum hinzunehmen:

> Interdictum de precariis merito introductum est, quia nulla eo nomine iuris civilis actio esset: magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii condicio. —

darüber sucht Gradenwitz[2]), und ebenso neuerdings Ubbelohde[3]), sich noch hinwegzutäuschen. Der Widerspruch liegt aber in der That so auf der Hand, dass es sich für uns nur noch fragen kann, was Julian wirklich gesagt haben möchte. Ich vermuthe etwa Folgendes:

> . . . non solum hoc[4]) interdicto sed et (interdictis) Uti possidetis et Utrubi.

Versteht sich, wegen der durch die exceptio vitiosae possessionis bedingten recuperatorischen Function dieser Interdicte.

L. 31 § 1 in f. D. 16, 3, Tryphoninus libro 9. disputationum:

> et si rem meam fur, quam me ignorante subripuit, apud me etiamnunc delictum eius ignorantem deposuerit, recte dicetur non contrahi depositum, quia non est ex fide bona rem suam dominum praedoni restituere compelli. sed

---

[1]) Interpolationen S. 128 ff. — [2]) S. 129. — [3]) a. a. O. S. 263. — [4]) Dieses hoc findet sich in l. 2 § 2 cit., deren interpolirter zweiter Satz, wie Gradenwitz vermuthet, aus unserer l. 19 § 2 herübergenommen ist.

et si etiamnunc ab ignorante domino tradita sit quasi ex causa depositi, tamen indebiti dati condictio competet.

Die Herausgabe der deponirten Sache ein indebitum datum, die Herausgabe also jedenfalls ein dare: so etwas kann kein römischer Jurist gesagt haben. Nehmen wir hinzu, dass die ganze l. 31 cit. eine weitläuftige Betrachtung über die Bedeutung der bona fides beim Depositum ist, die in dem Schlusssatz herangezogene condictio also gar nicht recht zur Sache gehört, so fehlt bloss noch der Blick auf das zweimalige, etwas auffallende etiamnunc, und wir werden nicht anstehen, hier mit Gradenwitz[1]) einen jener schwächlichen oder unsinnigen Sätze aus der Feder der Compilatoren zu erkennen, „welche die Eigenthümlichkeit haben, dieselben Worte zu wiederholen, die kurz vorher oder kurz nachher in der kernigen Ausführung des Juristen vorkommen.“ Mit diesem Fall der condictio possessionis, denn dass es sich nur um eine solche handeln könnte, ist zweifellos, ist es also auch nichts.

L. 2 D. 13, 3, Ulpianus libro 18. ad Sabinum:

Sed et ei, qui vi aliquem de fundo deiecit, posse fundum condici Sabinus scribit, et ita et Celsus, sed ita, si dominus sit qui deiectus condicat: ceterum si non sit, possessionem eum condicere Celsus ait.

Die Stelle an sich erscheint tadellos, und ohne die bisherigen Ergebnisse dürfte man gewiss nicht daran denken, ihre Echtheit anzuzweifeln. So dagegen dürfen wir die Worte von ceterum an für interpolirt halten, entweder ganz und gar, oder so, dass Celsus allerdings noch etwas gesagt hat, nämlich dass, wenn der Nichteigenthümer dejecirt sei, ihm nur das interdictum Unde vi offen stehe. Warum freilich die Compilatoren dieses ausgemerzt haben sollten, wüsste ich nicht zu sagen, und deshalb ist mir die erste Annahme wahrscheinlicher.

L. 25 pr. § 1 D. 47, 2, Ulpianus libro 41. ad Sabinum:

Verum est, quod plerique probant, fundi furti agi non posse. Unde quaeritur, si quis de fundo vi deiectus sit, an condici ei possit qui deiecit. Labeo negat: sed Celsus putat posse condici possessionem, quemadmodum potest re mobili subrepta.

Diese Stelle ist schon zweifelhafter. Schon deshalb, weil

[1]) Interpolationen S. 31.



sie im Widerspruch steht mit der vorigen. Denn wird dort unterschieden, ob der Dejicirte Eigenthümer ist oder nicht, und im ersten Fall die condictio rei, im zweiten die condictio possessionis gegeben, so heisst es hier schlechthin: posse condici possessionem. Was doch nicht anders zu verstehen ist als: die condictio rei ist zwar nicht möglich, wohl aber die condictio possessionis. Dieser Widerspruch verschwindet, wenn wir, wiederum auf die bisherigen Ergebnisse gestützt, auch diese Stelle für interpolirt erklären und jedenfalls das possessionem streichen. Doch sind möglicherweise auch die Worte quemadmodum — subrepta weiter nichts als ein ungeschicktes Mittel der Compilatoren, um in Form eines von der condictio possessionis rei mobilis hergenommenen Grundes die condictio possessionis auch für bewegliche Sachen zu bestätigen.

Die letzte Stelle, die uns zu besprechen übrig bleibt, ist L. 12 § 2 D. 13, 1, Ulpianus libro 38. ad edictum:

> Neratius libris membranarum Aristonem existimasse refert eum, cui pignori res data sit, incerti condictione acturum, si ea subrepta sit.

Wir haben hier meines Erachtens die Wahl. Entweder der Jurist redete nicht vom pignus, sondern von der fiducia, ebenso wie in l. 22 pr. D. 13, 7 (Ulpianus libro 30. ad edictum), wo diese Interpolation ausser Zweifel ist[1]). Die condictio certae rei versteht sich dann von selbst. Oder aber Aristo wollte wirklich dem Faustpfandgläubiger die condictio furtiva geben, und zwar die richtige mit der intentio auf rem dare oportere, wie sie der Eigenthümer hat. Wenn man doch einmal bei der condictio furtiva von der technischen Bedeutung der Worte dare oportere absieht, mag Aristo gesagt haben, so dass es nur soviel ist wie restituere oportere, warum dann nicht gleich gründlich? Ist doch genau genommen jene intentio in der Hand des Faustpfandgläubigers eigentlich noch weniger falsch als in der des Eigenthümers. Denn dari ei potest. Für diese Auffassung spricht, dass Neratius von ihr als von einer Curiosität zu berichten scheint, und dass für die condictio furtiva des Fiduciargläubigers ein Gewährsmann doch wohl kaum nöthig war. Die Compilatoren hätten sie dann wieder aufgegriffen, und dadurch, dass sie die condictio

[1]) Lenel, Ulpian 902.



zur condictio incerti machten, mit ihrem System in Einklang gebracht.

Das sind die Stellen. Auf l. 4 § 1. 2 D. 12, 1 brauchen wir kaum einzugehen, da man sich neuerdings dahin zu einigen scheint, unter Hinweis auf Gai 2, 79 und l. 1 § 1 D. 13, 3, Fälle der condictio rei und zwar furtivae (vel quasi) darin zu erblicken[1]). In beiden Fällen, meint Trampedach, sei der invito domino contrectans zu ergänzen, und ich möchte geradezu annehmen, die Compilatoren hätten dahin zielende Worte des Juristen gestrichen. So in l. 4 § 1 cit. z. B. die Bemerkung, dass der Pfandgläubiger die Sache nach Zahlung der Schuld verkauft habe.

Nehmen wir nun zu der Gesammtheit der aus den besprochenen Stellen gelieferten Beweise noch hinzu, was ein gründlicher Kenner des auf die Condictionen bezüglichen Quellenmaterials dem Verfasser versichert, dass darunter eine ganze Reihe von Stellen sich findet, in denen man eine condictio possessionis erwarten sollte, statt ihrer aber irgend ein anderes Rechtsmittel, eine actio in factum oder dergleichen findet — wie denn auch Pernice[2]) schon bei l. 9 § 4 D. 10, 4 (= l. 1 § 17 D. 36, 3) darauf hingewiesen hat, dass hier „die römischen Juristen an die condictio cautionis gar nicht denken, obwohl sie aller Noth ein Ende machte, und wie hilflos unsere Juristen sind, wenn sie erklären wollen, weshalb denn hier die Caution nicht condicirt werden dürfe“ —; nehmen wir ferner hinzu, dass es auch Lenel[3]), wie er selber eingesteht, nicht gelungen ist, mit einiger Bestimmtheit den Ort des prätorischen Edicts nachzuweisen, wo die condictio incerti proponirt gewesen wäre, ja dass er die einzige Belegstelle, die er, noch dazu mit einem Fragezeichen versehen, für die Ortsbestimmung verwerthet, l. 3 D. 12, 7 (Iulianus libro 8. digestorum), in der Palingenesie[4]) ganz anders unterbringt: so dürfen wir, auf dies Alles gestützt, nun wohl das Urtheil sprechen, dass es eine condictio incerti im classischen römischen Rechte nicht gegeben hat.

---

[1]) Bekker, Actionen S. 105 Anm. 16; Brinz, Pand. 2 S. 509 Anm. 23; Trampedach a. a. O. S. 109 f. — [2]) a. a. O. S. 203 Anm. 5 unter No. 2. — [3]) Edict. § 57. — [4]) Band 1, Spalte 336 Anm. 5.

IV.

Die Form der Litiscontestation im Formularprocess.

Von
Herrn **Friedrich Trampedach**
in St. Petersburg.

I.

Die herrschende Kellersche Lehre von der Litiscontestation haben neuerdings Wlassak[1]) und Lenel[2]) angefochten. Hiermit ist die Frage nach der Form der LC. wieder zur Discussion gestellt worden.

Bekanntlich lehrt Keller[3]), im Gegensatz zu älteren Ansichten[4]), dass die LC. kein bestimmter, vom „ordinare iudicium" verschiedener Act gewesen, sondern der Name der LC. auf das gesammte Verfahren in iure übertragen worden sei; im Formularprocess sei nach Wegfall des Zeugenaufrufs an Stelle dieses einstigen wirklichen Schlussactes der LC. der bloss ideelle Endpunkt des Verfahrens in iure getreten. Auf dieser Grundlage schreibt Keller dem Ausdruck LC. eine doppelte Bedeutung zu, eine ursprüngliche engere, wonach sie den Endpunkt des Verfahrens i. i., und eine neue weitere, wonach sie das gesammte Verfahren i. i. bezeichne[5]); die LC. in ihrer engeren Bedeutung als ideeller Endpunkt des Verfahrens i. i. falle mit der Ertheilung der Formula zusammen[6]).

---

[1]) Die LC. im Formularprocess 1889 in der Breslauer Festschrift zu Windscheids Doctorjubiläum. — [2]) Die Form der LC. im Formularprocess Zeitschr. XV. — [3]) LC. S. 6—11. 14. 25. CPr. S. 297 f. — [4]) LC. § 2. — [5]) LC. S. 11. 25. CPr. S. 298. — [6]) LC. S. 39. 41. 43. Lenel a. a. O. S. 374 f. u. N. 4.

Wlassak[1]) hat den Versuch gemacht, die Kellersche Lehre von der Doppelbedeutung der LC. zu widerlegen: er bestreitet sowohl die Bezeichnung des gesammten Verfahrens i. i. als LC., wie auch die engere Bedeutung derselben als des ideellen Endpunktes des Verfahrens i. i., der mit der Ertheilung der Formula zusammenfalle. Wlassak sucht nachzuweisen, dass die Quellen nur einen Begriff der LC. kennen, den der LC. als eines wirklichen Schlussactes durch Parteihandlung: die LC. sei ein Formalact der Parteien gewesen[2]), welcher in der Uebermittelung der dem Kläger vom Prätor übergebenen Formelurkunde (= iudicium) oder ihres Inhaltes seitens des Ersteren an den Beklagten bestanden habe. Die Parteihandlungen des Uebermittelungsactes würden in den Quellen mit dem „edere“ des Klägers und dem „accipere iudicium“ des Beklagten bezeichnet[3]). Diese Form der LC. sei im Formularprocess an Stelle des Zeugenaufrufs getreten, um durch die Uebermittelung der schriftlich fixirten Formel vom Kläger an den Beklagten das Ergebniss der Verhandlung i. i. unzweifelhaft festzustellen[4]). Sie schliesse sich so aufs Engste an die LC. des Legisactionenprocesses an: sie sei der Geist der alten Form in neuer Gestalt[5]). Ferner soll dieser Formalact der LC. dem Zwecke dienen, den auf Begründung der Processobligation gerichteten übereinstimmenden Willen der kämpfenden Parteien zum Ausdrucke zu bringen: somit sei die LC. ein Vertrag, ein Formalcontract[6]).

Der Wlassakschen Auffassung ist Lenel[7]) in der Hauptsache beigetreten. Vor Allem billigt er unbedingt, ohne selbst weiter zu prüfen, Wlassaks Bekämpfung der Kellerschen Lehre von der Doppelbedeutung der LC.: auch er bestreitet sowohl die umfassendere Bedeutung der LC. wie auch die engere Bedeutung derselben als jenes ideellen Endpunktes, der mit der Ertheilung der Formula zusammenfalle[8]). Ferner pflichtet Lenel Wlassaks eigener Ansicht von der LC. unbedingt soweit

[1]) a. a. O. — [2]) a. a. O. S. 53. — [3]) a. a. O. S. 33. — [4]) a. a. O. S. 59. — [5]) Der Gedanke der Beweissicherung der Verhandlung i. i. nach Wegfall des Zeugenaufrufs durch die Schriftformel ist nicht neu; dasselbe ist schon z. B. von Keller (LC. S. 4) und Bethmann-Hollweg (CPr. 1, 178) ausgesprochen worden. — [6]) a. a. O. S. 56. 57. — [7]) a. a. O. — [8]) a. a. O. S. 374 ff.

bei, dass sie ein wirklicher Schlussact durch Parteihandlung, und zwar ein Vertrag in der Form des „edere" und „accipere iudicium" gewesen sei [1]). Jedoch bei der näheren Bestimmung von Form und Zweck dieses „edere" und „accipere iudicium" scheiden sich Wlassaks und Lenels Wege. Lenel bestreitet, dass „edere" und „accipere iudicium" den Sinn einer — wie er sich ausdrückt — körperlichen Uebergabe und Annahme der Schriftformel haben, und dass die LC. überhaupt ein Formalact sei: ein solcher lasse den Vertragswillen nicht erkennen. Daher behauptet er [2]), dass die LC. die formlose Consenserklärung der Parteien sei, unter der vom Prätor ertheilten Formel streiten zu wollen. Dieser Consens erfolge in der Form des „edere" und „accipere iudicium": der Kläger dictire (edere = dictare) die ihm vom Prätor übergebene Formel dem Beklagten zum Nachschreiben, und hierauf gebe der Beklagte die Erklärung ab, ob er sich der ertheilten Formel unterwerfen wolle. Die ausdrückliche Willenserklärung des Beklagten, unter der ertheilten Formel processiren zu wollen, sei der wahre Sinn des „iudicium accipere" [3]).

Wlassak dient zur Grundlage für seine Construction der Litiscontestationsform als einer körperlichen Uebermittelung der Formelurkunde seine bekannte Auffassung von „iudicium" als des Kunstwortes für die Schriftformel (= formula, Formelurkunde) [4]). Eine Kritik der Wlassakschen Litiscontestationsform ist überflüssig, nachdem die kritischen Bemerkungen von

---

[1]) a. a. O. S. 375. 378. — [2]) a. a. O. S. 390. 391 f. — [3]) Die Auffassung der LC. als eines wirklichen Schlussactes durch Parteihandlung ist im Grunde nicht neu, sondern Wlassak und Lenel kommen mit derselben auf jene ältere, von Keller (LC. S. 20 ff.) bekämpfte Ansicht zurück, deren Hauptvertreter Heffter ist. Heffter (Inst. S. 281) unterscheidet einen Litiscontestationsact am Schlusse der Verhandlung i. i., nach welcher der Kläger erklärt, dass er nunmehr förmlich litem inferire (dictare iudicium sei der dafür in den Dig. vorkommende Ausdruck) und der Beklagte erwidert habe, dass er das iudicium accipire. — Diese Form der LC. ist, äusserlich betrachtet, bis auf das wirkliche Dictat fast die gleiche wie bei Lenel, nur erscheint die LC. Heffters als Solennität, während sie bei Lenel wahre Uebereinkunft der Parteien ist. Andererseits hat die Litiscontestationsform Heffters mit der von Wlassak angenommenen noch das gemeinsam, dass man in der ersteren einen Formalcontract ähnlicher Art zu erblicken haben wird, wie in der letzteren. — [4]) Pr.-G. 1, 72—85. 2, 54 ff. LC. S. 14 ff., 33.

Gradenwitz[1]) und vor Allem die überaus gründliche terminologisch-kritische Untersuchung Küblers[2]) die Unhaltbarkeit der Wlassakschen Lehre von der Bedeutung des „iudicium" als der Schriftformel erwiesen haben: damit ist auch Wlassaks Ansicht von der Litiscontestationsform die Grundlage entzogen. Uebrigens würde sich selbst bei Anerkennung der Bedeutung von „iudicium" als der Schriftformel gegen die von Wlassak behauptete Form der LC. kaum Besseres sagen lassen, um ihre Unwahrscheinlichkeit einleuchtend zu machen, als Lenel[3]) unter jener Vorraussetzung bereits gesagt hat; die Auslegung, die „accipere iudicium" durchaus im Sinne körperlicher Empfangnahme auffassen will, ist äusserst gezwungen, sie soll zu augenscheinlich ihren Zweck erfüllen.

Lenel hat zur Grundlage für seine Ansicht von der Litiscontestationsform den Terminus „dictare iudicium" genommen. Seine Auffassung kommt besonders in den beiden folgenden Behauptungen zum Ausdruck:

a) a. a. O. S. 390: „Daher denn die durchaus zweckmässige Vorschrift, dass der Kläger, der von der Formel Gebrauch machen wolle, sie dem Beklagten nicht bloss vorzulesen, sondern zu dictiren habe, ehe und bevor er von ihm eine Erklärung über Annahme oder Nichtannahme des iudicium fordern dürfe" (s. oben S. 116 ad N. 2);

b) a. a. O. S. 391: „Nach Ertheilung der Formel steht der Kläger vor dem letzten und endgültigen, entscheidenden edere. Für dieses giebt es nicht verschiedene, sondern nur eine Form, das Dictat" —. So erklärt es sich, dass wir als Synonymon dieses letzten edere nur iudicium dictare finden."

Indessen ist 1. die Bedeutung von „dictare" als dictiren nicht sicher bezeugt[4]); und wenn Lenel 2. meint, dass seine Aufstellungen eines Beweises nicht bedürfen[5]), so müssen sie um so mehr geprüft werden.

Lenel behauptet, dass statt des letzten, d. h. dritten[6])

---

[1]) Zeitschr. IX, S. 189 f. — [2]) Ueber die Bedeutung von iudicium und formula bei Cicero und in den übrigen Quellen der republicanischen Zeit Zeitschr. XVI. — [3]) a. a. O. S. 378—89. Kübler a. a. O. S. 156 f. 178. — [4]) Kübler a. a. O. S. 178. — [5]) Vgl. a. a. O. S. 392. — [6]) Lenel unterscheidet mit Recht (S. 385—89) ein erstes aussergerichtliches edere vor der Verhandlung i. i. (auf Grund von l. 1 pr. § 1 D. 2, 13), und ein zweites

„edere“, als Litiscontestationshandlung, in den Quellen ausschliesslich die Bezeichnung „dictare“ vorkomme. Indess erklärt Lenel etliche Seiten vorher (S. 381), dass iudicium edere bekanntlich oft mit der LC. identificirt werde. Der scheinbare Widerspruch wird beseitigt, wenn man annimmt, dass Lenel hier auf Grund seiner weiteren Ausführung den Sinn seines „letzten edere“ als dictare anticipirt. Die beregte Behauptung Lenels ist nicht ganz zutreffend, ihr widersprechen einige Quellenstellen:

Cic. pro Quinct. § 63: „Fatetur .... vadimonium promisisse, iudicium quin acciperet in ea ipsa verba, quae Naevius edebat, non recusasse.“

Nach Lenels Ansicht von der LC. könnte diese Stelle nur auf den Litiscontestationsact selbst bezogen werden, denn das „iudicium accipere“ ist nach Lenels Meinung durchaus Litiscontestationshandlung [1]). Indess wäre hier die correspondirende Litiscontestationshandlung des Klägers gerade nicht mit dictare, sondern mit edere bezeichnet [2]).

Cic. pro Quinct. § 66: „se iudicium id, quod edat, accipere.“

Im Sinne Lenels können diese Worte gar nicht anders als von der LC. verstanden werden.

l. 15 D. 26, 8 (Marcian. 2 Reg.): „Accipientis et edentis iudicium idem tutor auctor utrique fit.“

Wenn man unter iudicium accipere die Litiscontestationshandlung versteht, so erscheint auch hier als correspondirender Act des Klägers das „edere“.

l. 2 D. 41, 6 (Marcell. 22 Dig.): „Si is, qui [alienam] [3]) rem donaverit, revocare constituerit donationem, etiamsi iudicium ediderit remque coeperit vindicare, curret usucapio.“

---

edere, die Klageanträge i. i. bezeichnend (vgl. Kübler a. a. O. S. 178). Ueber das dritte edere als Litiscontestationshandlung s. den Text.

[1]) S. oben S. 116 ad N. 2. Vgl. a. a. O. S. 392: „Dies und nur dies ist der wahre Sinn des „iudicium accipere“. — [2]) Lenel selbst sieht allerdings in dem edere der cit. Stelle den Klageantrag des Klägers (S. 389). Aber damit stimmt keineswegs die ausschliessliche Bedeutung als Litiscontestationshandlung, welche er dem iudicium accipere beilegt (s. N. 1). — [3]) L. Pal. Marcell. 246 „scrib. Trib.“

Hier scheint mit „iudicium ediderit“ die LC. identificirt zu sein. Das würde gleichfalls gegen Lenels Behauptung sprechen[1]).

Lenel leugnet also, dass edere und dictare in Bezug auf den Litiscontestationsact synonym gebraucht werden, er anerkennt es für diesen Fall zwar von dictare für edere, aber nicht umgekehrt. Dabei verlautbart Lenel nicht, ob er die Anwendung von dictare statt edere ausschliesslich auf den Litiscontestationsact beschränkt wissen will, oder ob er abgesehen von diesem den Gebrauch von dictare für edere nicht bestreite. Ausdrücklich leugnet er ja nur das Vorkommen von edere statt dictare als Litiscontestationshandlung, folglich wäre eigentlich kein Hinderniss dafür anzunehmen, dass edere und dictare mit Ausschluss des Litiscontestationsactes synonym gebraucht würden. Jedoch kann es kaum einem Zweifel unterliegen, dass Lenel in der That „dictare“ auf den Litiscontestationsact beschränken will, da er unter „dictare iudicium“ das Dictat der Formel versteht und gerade dieses Dictat die Litiscontestationshandlung des Klägers sein soll. Damit würde Lenel in „dictare“ einen terminus technicus für die Litiscontestationshandlung des Klägers sehen, ebenso wie er einen solchen augenscheinlich in „iudicium accipere“ für die Litiscontestationshandlung des Beklagten erblickt. Indess würde die Beschränkung von dictare auf den Litiscontestationsact nicht ganz zutreffen. Zwar wird in einer Reihe von Stellen dictare zweifelsohne synonym für die LC. gebraucht[2]); aber andererseits giebt es Quellenstellen, in welchen dictare augenscheinlich nicht oder mindestens nicht nothwendig auf den Litiscontestationsact zu beziehen ist:

l. 112 pr. D. 45, 1 (Pomp. 15 ad Qu. Muc.): „Si quis stipulatus sit Stichum aut Pamphilum, utrum ipse vellet:

---

[1]) Dass edere und dictare synonyme Ausdrücke sind (Keller, CPr. S. 249), und die LC. mit dictare öfters identificirt wird (Lenel a. a. O. S. 381, s. oben S. 118), ebenso wie mit iudicium accipere (Keller, LC. S. 54, CPr. S. 298, Lenel a. a. O. S. 380), ist ja bekannt. — [2]) S. Note 1. — ll. 50 § 2 D. 15, 1 (Pap. 9 Quaest.); 3 D. 41, 9 (Scaev. 25 Dig.); 7 D. 42, 6 (Marcian. 2 Reg.); 3 § 1 D. 4, 4 (Ulp. 11 ad ed.); 13 § 1 D. 46, 7 (Ulp. 7 Disp.); 65 pr. D. 17, 2 (Paul. 32 ad ed.); 30 D. 21, 1 (Paul. 1 ad ed. aed. cur.): „— emptor iudicium accepit vel ipse eius nomine dictavit“ —.

quem elegerit, petet et is erit solus in obligatione. an autem mutare voluntatem possit et ad alterius petitionem transire, quaerentibus respiciendus erit sermo „stipulationis, utrumne talis sit, 'quem voluero' an 'quem volam': nam si talis fuerit 'quem voluero', cum semel elegerit, mutare voluntatem non poterit; si vero tractum habeat sermo illius et sit talis 'quem volam', donec iudicium dictet, mutandi potestatem habebit."

Hier könnte „donec iudicium dictet" doch nur überaus gezwungen von der Litiscontestationshandlung verstanden werden, denn dieselbe concentrirt sich als Dictat der Formel auf ein ganz minimales Zeitmass am Schlusse der Verhandlung[1]). Ferner spricht gegen eine solche Bedeutung des Ausdrucks der Zweck der dogmatischen Frage, auf die es ankommt. Es handelt sich darum, inwiefern bei der alternativen Obligation das Wahlrecht des Gläubigers ein ius variandi („mutandi potestas") in sich schliessen könne. Hierfür entscheidend ist die conceptio verborum („sermo") der betreffenden Stipulation. Im ersten Falle („quem voluero") soll der Gläubiger kein ius variandi erworben haben, so dass sein alternatives Klagerecht sich nach der einmal erfolgten Wahl des Objects bestimmt („cum semel elegerit, mutare voluntatem non poterit", vgl. „quem elegerit, petet et is erit solus in obligatione"). Dagegen im zweiten Falle („quem volam") soll der Gläubiger ein ius variandi erworben haben; nur fragt es sich, wie lange er es ausüben könne, also nach welchem Umstande sein unbestimmtes alternatives Klagerecht sich hier bestimme? Die Antwort ist ja einfach: das ius variandi, soweit es nicht durch Parteiwillen begrenzt ist, kann consequenterweise erst mit der Consumtion des aus der Obligation erworbenen alternativen Klagerechts erlöschen, d. h. mit der LC. Daraus folgt nicht nur, dass der Gläubiger trotz erfolgter Wahl das andere Object einklagen kann, indem er damit nur von seinem ius variandi Gebrauch macht (vgl. „ad alterius petitionem transire"), sondern auch, dass er nach Anstellung der Klage im Verlaufe der Verhandlung i. i. das Klageobject noch ändern kann. Nichts Anderes als die Dauer dieses ius variandi bis zur LC. wird durch

[1]) Dazu handelt es sich in casu um die kurze Formel auf dare oportere.

„donec iudicium dictet" ausgedrückt. Die Beschränkung von „donec iudicium dictet" auf den Zeitpunkt des klägerischen Dictats in dem Sinne etwa, dass noch jetzt, während dieses Zeitpunktes, das ius variandi Platz greifen könne, würde der Stelle Gewalt anthun, um sie auf jede Weise ihren Zweck erfüllen zu lassen. Vielmehr wird man in „donec iudicium dictet" die natürliche Ergänzung von „ad alterius petitionem transire" sehen müssen: „mutare voluntatem possit et ad alterius petitionem transire" — und zwar — donec iudicium dictet mutandi potestatem habebit." Wir erhalten das Resultat, dass „dictare" loc. cit. synonym für edere im Sinne der Klageanträge, aber nicht der Litiscontestationshandlung gebraucht ist[1]). Diese Auffassung wird unterstützt durch die folgende Stelle:

l. 3 C. 2, 1: „Edita actio speciem futurae litis demonstrat, quam emendari vel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas vel ius reddentis decernit aequitas" (S. et A. AA. conss. a. 202).

Die beiden Stellen ergänzen sich aufs Beste. Das Rescript hebt einen Punkt im Allgemeinen hervor, für welchen die Digestenstelle einen Specialfall enthält.

In den folgenden Stellen wird man gleichfalls nur gezwungen dictare auf die Litiscontestationshandlung beschränken können:

l. 32 § 9 D. 4, 8 (Paul. 13 ad ed.): „sed hoc tale erit, quale si actionem velit dictare, quod facere ei licet."

l. 22 § 4 D. 9, 4 (Paul. 18 ad ed.): „Si negavit dominus in sua potestate esse servum, permittit praetor actori arbitrium, utrum iureiurando id decidere an iudicium dictare sine noxae deditione velit, per quod vincet, si probaverit eum in potestate esse" etc.

l. 1 § 4 D. 43, 3 (Ulp. 67 ad ed.): „nam duas (actiones) dictamus protestati ex altera nos velle consequi quod nos contingit."

Warum soll in ll. 32 § 9 cit. und 22 § 4 cit. statt „actionem

[1]) Vgl. Lenel a. a. O. S. 388 f.: „In der That ist der Kläger von Beginn bis zu Ende des Verfahrens i. i. in einem beständigen edere begriffen" (vgl. „donec iud. dictet"). Vgl. oben S. 117 N. 6.

resp. iud. velit dictare" nicht ebensogut stehen können „actionem velit intendere", wie z. B. in l. 24 pr. D. 40, 12, wo es heisst „actiones ei non denegentur, quascumque intendere velit"? oder weshalb soll in l. 22 § 4 cit. statt „iudicium dictare" sich nicht „formulam edere" sagen lassen, zumal der Passus „iudicium dictare sine noxae deditione velit, per quod vincet, si probaverit eum in potestate esse" eine auffallende stilistische Uebereinstimmung mit dem folgenden Gaianischen Passus aufweist: „deinde formulam edimus, —; qua formula ita demum vincimus, si probaverimus rem nostram esse" (4, 93)? warum soll also auch in l. 1 § 4 cit. das „dictamus" sich nicht mit „intendimus", „edimus" vertauschen lassen können? — Eine irgendwie zwingende Nothwendigkeit, in den angeführten Stellen dictare als „letztes edere" auf den Litiscontestationsact zu beschränken, ist keineswegs vorhanden, und die Beschränkung ist Angesichts des Ergebnisses aus l. 112 pr. cit. und l. 3 cit. mindestens nicht geboten: vielmehr berechtigt jenes Ergebniss zur Annahme, dass auch in den letztbesprochenen Stellen dictare nicht auf das „letzte" edere zu beschränken ist, sondern dass es mit „edere" im Sinne des Klageantrages synonym gebraucht wird.

Es ergiebt sich, dass dictare und edere durchaus promiscue gebraucht werden, sei es mit, sei es ohne Bezug auf die LC. Dadurch wird die Möglichkeit, eine bestimmte Form der LC. zu erkennen, erschwert. Sehr beachtenswerth ist nun der Umstand, dass edere und dictare nicht nothwendig nur zur Bezeichnung der LC., des Klageantrages und der vorläufigen Klageanzeige, in concreto dienen, sondern auch zur Charakterisirung der processualischen Parteirolle des Klägers in abstracto verwendet werden. Das scheint aus folgenden Stellen hervorzugehen:

l. 15 D. 26, 8 (cit. oben S. 118);

l. 30 pr. D. 21, 1: „Item si servi redhibendi nomine emptor iudicium accepit vel ipse eius nomine dictavit, cavendum ex utraque parte erit, ut, si quid sine dolo malo condemnatus sit" etc.

In beiden Stellen handelt es sich offensichtlich nicht um die Wirksamkeit der LC., sondern das edere („edentis") und dictare wird lediglich zur Bezeichnung der Parteirolle des

Klägers als solcher verwendet[1]): jene Ausdrücke sind loc. cit. synonym für „actor" gebraucht. Aus dieser Bedeutung von edere und dictare müsste consequenterweise folgen, dass in den cit. Stellen das correspondirende „iudicium accipere" die processualische Rolle des Beklagten als solche zum Ausdruck bringe: das ist in der That der Fall. Dieser Umstand ist von grosser Wichtigkeit, da man für gewöhnlich die Bedeutung von iudicium accipere auf ihre Identität mit der LC. beschränkt. Die Bezeichnung der defensiven Parteirolle des Beklagten in abstracto mit iudicium accipere wird durch die folgenden Stellen bestätigt:

l. 63 D. 5, 1 (Ulp. 49 ad ed.): „Recte defendi hoc est iudicium accipere vel per se vel per alium, sed cum satisdatione."

l. 21 § 3 D. 4, 6 (Ulp. 12 ad ed.): „— plenaque defensio accipietur, si et iudicium non detrectetur et iudicatum solvi satisdetur."

l. 34 § 3 D. 12, 2 (Ulp. 26 ad ed.): „Procurator non compellitur iurare nec defensor, et ita Iulianus scribit l. 10 dig. defensorem iurare non compelli sufficereque ad plenam defensionem, si paratus sit iudicium accipere."

„Iudicium accipere" im Sinne von „se defendere", „defensor" (= „iudicium accipiens" s. l. 15 cit. oben S. 118) kommt noch in folgenden Stellen zu unzweideutigem Ausdruck:

Gai. 4, 87: „Ab adversarii quoque parte si interveniat aliquis cum quo actio constituitur, intenditur dominum „dare oportere", condemnatio autem in eius personam convertitur qui iudicium accipit"[2]).

Gai. 4, 90: „Multoque magis debes satisdare mihi, si alieno nomine iudicium accipias."

Gai. 4, 102: „Quodsi proprio nomine aliquis iudicium accipiat in personam, certis ex causis satisdare solet, quas ipse praetor significat" (vgl. 101 „defensor").

---

[1]) Zum Mindesten tritt in l. 30 pr. cit. die Bedeutung von dictare als Litiscontestation in den Hintergrund (s. oben S. 119 N. 2). — [2]) Hier ist bemerkenswerth, dass das „iud. accipere" anticipirt wird, denn die Formelconception erscheint noch nicht einmal abgeschlossen. In solcher Anwendung kann „iud. accipere" schwerlich die Litiscontestationshandlung bezeichnen.

In diesen Stellen ist von einer Bezugnahme auf die LC. nichts zu entdecken[1]).

Wir erhalten nunmehr das Resultat, dass „edere“ resp. „dictare“ für die LC., den Klageantrag und die Klageanzeige, in concreto[2]), und für die aggressive Parteirolle des „actor“ in abstracto promiscue gebraucht wird, ebenso „iudicium accipere“ für die LC. in concreto und für die defensive Parteirolle des reus in abstracto (= „defensor“). Schon die Verwendung von edere, dictare und iudicium accipere, nämlich derjenigen Termini, welche von Wlassak und Lenel für den Litiscontestationsact vindicirt werden, zur abstracten Bezeichnung der Parteirollen, ist an sich geeignet, gegen die Annahme einer besonderen Litiscontestationsform misstrauisch zu machen. Aber noch mehr: die Thatsache, dass edere und dictare in ihrer umfassenden Bedeutung vollständig promiscue gebraucht werden, und dass iudicium accipere in zwiefacher Bedeutung verwendet wird, macht die Annahme eines Schlussactes der LC. in hohem Masse unwahrscheinlich. Die Terminologie bietet für die Annahme eines solchen nicht nur nicht die geringste Handhabe, sondern widerspricht derselben gerade durch ihre Regellosigkeit. Im Uebrigen ist in den Quellen, insbesondere bei Gaius, nirgends etwas überliefert, was auch nur möglicherweise auf die LC. als einen besonderen Act hinweisen könnte[3]). Damit gelangen wir zu dem weiteren Schluss, dass mit der LC. allerdings das gesammte Verfahren i. i. bezeichnet worden ist, und kommen hiermit auf die Kellersche Lehre zurück.

Einen deutlichen Beweis für die Bezeichnung des ganzen Verfahrens i. i. mit dem Ausdrucke LC. gewährt l. 1 D. 33, 9 (Ulp. 24 ad Sab.): „— et si quidem semel penus sit legata, non per singulos annos, certo iure utimur, ut et Marcellus

---

[1]) Ueber das Verhältniss von „iud. accipere“ zu „iudicio defendi“ vgl. Cic. pro Quinct. §§ 61—66. (§ 61: „Vadari vis: promittit. In ius vocas: sequitur. Iudicium postulas: non recusat.“ Quid aliud sit absentem defendi ego non intelligo“) [non recusat = iud. accipit = iudicio defenditur]. — [2]) „Edere“ kommt auch bei der Verhandlung in iudicio vor (Gai. 4, 141: „sed ad iudicem recuperatoresve itur et ibi editis formulis quaeritur“). — [3]) Die Bedeutung der Festusstelle „contestari litem“ ist bekanntlich zweifelhaft; für den Formularprocess kann sie kaum Geltung beanspruchen (vgl. Bekker, Zeitschrift XV S. 160).

l. 39 dig. apud Iulianum notat, in praestatione esse dumtaxat penum, quantitatem vero et peti posse. habebit igitur heres oblationem tamdiu, quamdiu lis cum eo de pecunia contestetur, nisi forte aliud tempus vel mente vel verbis testator praestituit." — Es kann wohl kaum einem Zweifel unterliegen, dass die Wendung „tamdiu quamdiu lis contestetur" nicht auf das minimale Zeitmass eines Schlussactes zu beziehen sein wird, sondern auf die Verhandlung i. i. bis zur erfolgten LC., ebenso wie in l. 112 pr. cit. „donec iudicium dictet." Aehnlich wie in der letzteren der Kläger, hat in der l. 1 cit. der beklagte Erbe die Befugniss, das Leistungsobject — falls der Testator nicht anders verfügt hat — nach seiner Wahl bis zur erfolgten LC. zu ändern, d. h. bevor die aus dem Rechtsverhältnisse erworbene Klage consumirt ist. Ferner spricht das „lis contestetur" für die Bezeichnung der ganzen Verhandlung i. i. insofern, als es sich schlechthin mit „actionem dictet" vertauschen liesse; und da mit „tamdiu quamdiu" ohne Weiteres „donec" identificirt werden kann, so könnte der entscheidende Passus nach dem Muster der l. 112 pr. cit. folgendermassen wiedergegeben werden: „habebit igitur heres oblationem, donec .... actionem de pecunia dictet." Der Sinn bliebe durchaus derselbe.

Besonders beachtenswerth ist die Folgerung, die aus der Identität von „litem contestari" gerade mit dem dictare in l. 112 pr. cit. gewonnen wird: dass dictare und edere direct mit der LC. identificirt werden, ist bekannt; wichtig ist nun, dass in l. 112 pr. cit. dictare nicht im Sinne des Litiscontestationsactes, sondern von edere als den Klageanträgen gebraucht wird; wenn aber dictare und edere auch in diesem Sinne mit litem contestari identificirt werden, wie die ll. 112 pr. cit. und 1 cit. ergeben, so ist eine begriffliche Verschiedenheit zwischen editio i. i. und LC. überhaupt nicht vorhanden, sondern litem contestari als Synonymon der editio i. i. bezeichnet eben das gesammte Verfahren i. i. So erklärt die begriffliche Identität von LC. und editio i. i. auch die sprachliche von edere resp. dictare für LC. und Klageantrag.

Aus dem Sinne der folgenden Stelle geht bei unbefangener Betrachtung gleichfalls hervor, dass die ganze Verhandlung i. i. als LC. benannt wird: l. 22 § 5 D. 24, 3 (Ulp. 33 ad ed.):

„Eo autem tempore consentire filiam patri oportet, quo lis contestatur. secundum haec si filia dicat se patri consentire et ante litis contestationem mutaverit voluntatem vel etiam emancipata sit, frustra pater aget." — Hier kann natürlich nicht an den Fall gedacht sein, dass die Tochter vor dem Litiscontestationsact während der schwebenden Verhandlung i. i. emancipirt worden sei, sondern es kann nur heissen „vor der Klageanstellung" d. h. vor dem „agere" des Vaters überhaupt (= litiscontestatio). Dasselbe wird von der Willensänderung der Tochter zu gelten haben.

Die l. 22 § 5 D. 24, 3 gestattet den Schluss, dass „litem contestari" synonym mit „agere", klagen, gebraucht wird: dies wird in der That durch eine nicht geringe Anzahl von Stellen bestätigt, in welchen es nicht auf die Wirksamkeit der LC. ankommt, sondern unter „litem contestari" schlechthin die Klageanstellung als solche verstanden wird (z. B. ll. 31 § 2 D. 24, 3; 33 D. 30; 71 § 3 D. 46, 3 u. a.). Ein völlig sicheres Zeugniss für eine solche Terminologie und damit zugleich für die Bezeichnung des gesammten Verfahrens i. i. mit litem contestari gewährt die bekannte Thatsache, dass die LC. oft mit den Ausdrücken „actum est, egerit, tempore quo agitur oder petitur" etc. identificirt wird[1]). Sollte wirklich anzunehmen sein, dass die Termini agere und petere, welche von der processualischen Parteienthätigkeit in weitestem Sinne gebraucht werden[2]), durchaus promiscue mit litem contestari gebraucht werden könnten, wenn die LC. einen bestimmten, charakteristischen Act bildete? Andererseits würde die Anwendung von agere und petere auf den ganzen Verhandlungscomplex i. i. sehr wohl der umfassenden Bedeutung dieser Termini entsprechen. Es ist allerdings sehr einfach, agere und petere schlechtweg für termini technici des Litiscontestationsactes zu erklären[3]) und sie so unschädlich zu machen. Doch müssten zum Mindesten die einzelnen Fälle nachgewiesen werden, in

---

[1]) Keller, LC. S. 68. — [2]) Kübler a. a. O. S. 175: „Dass agere und agi bei Cicero ebensowohl vom Verfahren in iudicio, wie in iure gesagt wird, lehrt ein Blick in Merguets Lexikon"; — „für petere nur ein paar Stellen: —". Vgl. „actio" bei Wölfflin, Archiv für lat. Lexikographie IX S. 292 f. 294 f. — [3]) Wlassak, LC. S. 48, vgl. gegen ähnliche Behauptungen Wlassaks bezüglich agere und petere Kübler a. a. O. S. 174 f.

welchen agere und petere wirklich die specielle, beschränkte Bedeutung von Litiscontestationshandlungen haben. Was berechtigt in dem agere und petere z. B. der folgenden Stellen eine besondere Litiscontestationshandlung des Klägers zu sehen?

l. 31 § 1 D. 46, 2: „fere autem convenit et uni recte solvi et unum iudicium[1]) petentem totam rem in litem deducere, item unius acceptilatione peremi" etc.

l. 31 D. 5, 1: „Si petitor plures heredes reliquerit unusque eorum iudicio egerit, non erit verum totam rem quae in priore iudicio fuerit deductum esse."

Hier soll wahrlich doch nur die gerichtliche Verfolgung als solche hervorgehoben werden!

Die Benennung des gesammten Verfahrens i. i. als LC. wird noch einleuchtender durch den Umstand, dass „litem contestari", gleichfalls wie edere und dictare, in abstracter Weise die Parteistellung des Klägers[2]), das klägerische Vorgehen, die gerichtliche Verfolgung als solche bezeichnen kann. Das erhellt z. B. aus l. 11 D. 5, 1: „Si a me fuerit adrogatus qui mecum erat litem contestatus vel cum quo ego" (vgl. oben S. 122 l. 30 pr. cit.). Es handelt sich hier also nicht um ein „litem contestari" in concretem Sachfalle, welches z. B. mit dem agere und petere in concreto identificirt werden könnte (s. oben S. 126), sondern um die allgemeine abstracte Bedeutung des processualischen Verhältnisses, die Identität von „litem contestari" mit agere und petere als abstracten Begriffen[3]).

Für die Bedeutung der LC. als des gesammten Verfahrens i. i. spricht noch folgende Erwägung: Wenn unter „litem contestari" wirklich ein besonderer Act der Parteien zu verstehen wäre, so wäre nicht einzusehen, weshalb l. c. nicht von der gemeinsamen Parteihandlung, vom Beklagten so gut wie vom Kläger gebraucht werden sollte; statt dessen wird es gerade fast ausschliesslich auf den letzteren angewendet. Dies erklärt sich wohl aus der betreibenden Thätigkeit des Klägers

---

[1]) L. Pal. Venuleius 59 „iudicio scr.?" — [2]) Dass l. c. fast ausschliesslich vom Kläger gebraucht wird, braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden (Keller, LC. S. 66 ff.; CPr. S. 298). Vgl. z. B. l. 11 cit. (unten), l. 26 § 5 D. 9, 4 „— nisi si iam lis adversus te contestata est." — [3]) Die abstracte Bedeutung von l. c. tritt noch in folgenden Stellen hervor: ll. 86 D. 50, 17; 28 D. 47, 10; 23 § 3 D. 12, 6; 7 D. 12, 3.

(= is qui agit), seine Thätigkeit i. i. ist die principale, er ist es, welcher „intendit, demonstrat, convertit in condemnationem, concipit“[1]), kurz derjenige, welcher edit, dictat, agit, petit; daher hat man auf diese seine Thätigkeit das „litem contestari“ übertragen, daher die Identificirung von edere und dictare, von agere und petere mit l. c.[2]) Zwar wird iudicium accipere bekanntlich gleichfalls synonym für die LC. gebraucht, indem hier das correspondirende edere oder dictare ebenso zu ergänzen ist, wie bei der synonymen Anwendung von edere oder dictare für die LC. das correspondirende iudicium accipere: aber das Eigenthümliche ist, dass sich fast nie umgekehrt die synonyme Bezeichnung von „litem contestari“ für die Thätigkeit des Beklagten findet. Es ist also daran festzuhalten, dass es gerade die betreibende Thätigkeit des Klägers ist, nach welcher mit l. c. das gesammte Verfahren i. i. bezeichnet wird.

Es hat sich ergeben, dass l. c. synonym mit edere, dictare, agere, petere gebraucht wird. Dieses Ergebniss wird in interessanter Weise beleuchtet durch die l. un. C. 3, 9: „Res in iudicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit vel actionis species ante iudicium reo cognita. inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. lis enim tunc videtur contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit“ (S. et A. AA. cons. a. 202).

Mit der l. un. cit. gehört die l. 3 C. 2, 1 zusammen: „Edita actio speciem futurae litis demonstrat, quam emendari vel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas vel ius reddentis decernit aequitas“ (S. et A. AA. conss. a. 202, s. oben S. 121).

Wie aus dem Inhalt des Rescripts hervorgeht, bezieht es sich auf den Cognitionsprocess[3]). Dieser Umstand erklärt,

[1]) S. darüber weiter unten S. 143. — [2]) Bezeichnend für die Bedeutung der LC. als des gesammten Verfahrens i. i. ist die Thatsache, dass die LC. in den Quellen sich meist nur durch ihre Verbalformen (litem resp. lis contestari, lis contestata etc.), dagegen selten durch ihr Substantivum „litiscontestatio“ ausgedrückt findet. Sollte „litiscontestatio“ nicht öfters vorkommen, wenn die LC. ein bestimmter Act gewesen wäre? — [3]) Keller (LC. S. 57 ff.) hält die l. un. für interpolirt. Dazu scheint kaum ein Anlass.



dass es Begriffe regelt, die im Formularprocess gar nicht zu verwechseln waren: es ist kein Wort weiter darüber zu verlieren, dass in diesem der Moment der „lis contestata" als des Endpunktes der Verhandlung i. i. mit dem Augenblick der „edita actio" zeitlich auseinanderfällt. Als der Cognitionsprocess festere Formen anzunehmen begann und man die Termini des ordo iudiciorum auf ihn übertrug, hat sich augenscheinlich das Bedürfniss geltend gemacht, die Begriffe der „lis contestata" und der „edita actio" zu regeln, und zwar von einander zu sondern: offenbar waren sie verselbigt worden. Anders wird man sich die kategorische Scheidung jener Begriffe im Rescript kaum erklären können „inter litem contestatem et editam actionem permultum interest". Daran schliesst sich die nähere Bestimmung der „lis contestata" und der „edita actio" (lis enim tunc videtur contestata — edita actio speciem futurae litis demonstrat etc.). Die Frage, wie es möglich war, die Begriffe der „lis contestata" und der „edita actio" zu verselbigen, beantwortet sich nun gerade damit, dass „edere" und „litem contestari" synonyme Ausdrücke waren: im Cognitionsprocess mussten sich beim Fehlen einer Vorverhandlung vom Charakter des Verfahrens i. i., dessen Zweck ja die Uebereinkunft über die Formel war, Zweifel darüber erheben, wann der Moment der lis contestata als eingetreten zu gelten hätte; eine wegen der Litiscontestationsfolgen praktisch äusserst wichtige Frage. Da nun hier ein „iudicium accipere" im Sinne der Zustimmung zur Formel nicht stattfand, aber andererseits „edere" synonym mit „litem contestari" gebraucht wurde, so mochten Manche den Moment der „lis contestata" mit dem der „edita actio" identificirt haben („si tantum postulatio simplex celebrata sit").[1]) Diese Streitfrage entscheidet das Rescript, es regelt sie dem classischen Begriffe der LC. gemäss: „lis contestata" sei keineswegs mit „edita actio" zu verselbigen. An der Verschiedenheit

[1]) Manche scheinen die LC. sogar in der aussergerichtlichen Uebereinkunft der Parteien, zu streiten, d. h. in dem aussergerichtlichen edere gesehen zu haben („vel actionis species ante iudicium reo cognita"), indem sie vermuthlich das „iudicium accipere" der classischen LC. auf die aussergerichtliche Zustimmung des Beklagten zu dem edere des Klägers übertrugen.

zwischen „lis contestata“ und „edita actio“ ist also in zeitlicher Beziehung kein Zweifel. Aber nun fragt es sich, wie sich mit der strengen Scheidung dieser Begriffe im Rescript die sprachliche Identificirung von edere mit litem contestari verträgt? Man wird sagen müssen: der abschliessende Moment der „lis contestata“ setzt selbstverständlich ein „litem contestari“ voraus, das „litem contestari“ ist aber stets das „edere“. Damit ist nun nicht gesagt, dass auch edere stets mit „litem contestari“ verselbigt werden könne; denn, wie das Rescript im Gegensatz zu der „lis contestata“ zutreffend hervorhebt (3 C. 2, 1), kann die „edita actio“ wesentlichen Veränderungen unterworfen sein, d. h. solange es nicht entschieden ist, dass der Moment der „lis contestata“ eingetreten ist. Daraus folgt, dass die edita actio am Schlusse der Verhandlung i. i. oft eine ganz andere sein kann, als möglicherweise fast während des ganzen Zeitraumes der Verhandlung; in solchen Fällen wird man die „editio“ derjenigen Klagen, in Betreff deren „lis contestata“ gar nicht eintrat, schwerlich mit „litem contestari“ identificiren können. Daraus folgt weiter, dass „edere“ und „litem contestari“ keineswegs dann identificirt werden können, wenn es gar nicht zum Abschlusse der Verhandlung i. i. kommt, z. B. die Parteien können sich über die Formel nicht einigen, sie vergleichen sich etc. So kommen wir zu dem Resultat, dass mit „litem contestari“ eben nur dann die ganze Verhandlung i. i. bezeichnet werden kann, entweder, wenn der Moment der lis contestata wirklich eingetreten ist, oder aber, wenn dies vorausgesetzt wird, d. h. der Gebrauch von „litem contestari“ in den Präsensformen setzt den Eintritt des Moments der lis contestata als die Regel voraus. Dies ist ebenso natürlich und unanfechtbar, wie in den Fällen, wo edere, dictare, agere, petere synonym für die LC. gebraucht werden, selbstverständlich das iudicium accipere vorausgesetzt werden muss, nicht anders als wie jene Handlungen da vorausgesetzt werden müssen, wo iudicium accipere statt der LC. vorkommt. Ferner weisen beim Gebrauch von „litem contestari“ oder seiner Präsensformen auf die Voraussetzung des wirklichen Abschlusses der Verhandlung i. i. die Termini in den Quellen „post litem contestatam“ und „ante litem contestatam“ hin: post litem contestatam

bedeutet den erfolgten Abschluss der Verhandlung i. i., ante litem contestatam den Zustand vor erfolgtem Abschlusse derselben. Mit „litem contestari" wird nun die klägerische Thätigkeit „ante litem contestatam" bezeichnet, sofern, wie regelmässig, das iudicium accipere vorausgesetzt wird. Dies wird bezeugt z. B. durch die l. 28 § 4 D. 5, 1: „Sed et si dies actionis exitura erit, causa cognita adversus eum iudicium praetor dare debet, ut lis contestetur ita, ut in provinciam transferatur." — Es soll lis contestirt werden, aber objectiv fragt es sich, ob der Augenblick der „lis contestata" auch eintreten werde; wenn nicht, so ist überhaupt nicht lis contestirt; ist derselbe eingetreten, so ist während der ganzen Verhandlung i. i. lis contestirt worden. Ebenso ist es in der oben (S. 124) cit. l. 1 D. 33, 9: Solange lis contestirt wird, kann der beklagte Erbe „offerre"; thut er es, so kann in Wahrheit von „litem contestari" keine Rede sein; unterlässt er es und tritt der Augenblick der lis contestata ein, so ist während der ganzen Verhandlung i. i. lis contestirt worden. Also in beiden Stellen wird „litem contestari" in der blossen Voraussetzung des wirklichen Abschlusses der Verhandlung i. i. resp. des „iudicium accipere", kurz des Eintretens des Momentes der „lis contestata" gebraucht.

Wir erhalten die Folgerung, dass man zwischen der Präsensform „litem contestari" und der Perfectform „lis contestata" begrifflich zu unterscheiden haben wird: eine ähnliche Terminologie findet sich ja auch bezüglich der Verhandlung in iudicio; hier muss man zwischen „iudicare" und „res iudicata", zwischen „ante rem iudicatam" und „post rem iudicatam" unterscheiden; natürlich setzt „iudicare" allemal „res iudicata" voraus, ohne solche Voraussetzung hat „iudicare" ebensowenig Sinn, wie „litem contestari" ohne die Voraussetzung der „lis contestata"; dennoch ist es bei Anwendung der Präsensformen von „iudicare" objectiv nicht immer gewiss, ob in der That „res iudicata" eintritt [1]. Obgleich also „litem contestari" und „lis contestata", „iudicare" und „res iudicata" sich gegenseitig logisch bedingen, so ist ihre begriffliche Be-

[1]) Z. B. die Parteien vergleichen sich vor der Urtheilsfällung, „ante rem iudicatam".

deutung in juristisch-technischem Sinne nicht dieselbe: „lis contestata“ und „res iudicata“ bezeichnen den wirklich erfolgten Abschluss der Verhandlung, „litem contestari“ und „iudicare“ die Verhandlung in der Schwebe[1]) (vgl. l. 1 D. 33, 9; l. 112 pr. D. 45, 1). Die Verschiedenheit lässt sich auch folgendermassen ausdrücken: der Unterschied zwischen „litem contestari“ und „lis contestata“, zwischen „iudicare“ und „res iudicata“ ist der gleiche wie der zwischen „ante“ und „post litem contestatam“[2]), zwischen „ante“ und „post rem iudicatam“.

Auf dieser Grundlage gelangen wir zu dem Schlusse, dass das Rescript, welches die „lis contestata“ und die „edita actio“ (= „litem contestari“) begrifflich trennt, durchaus den classischen Begriffen gemäss entscheidet: wenn „lis contestata“ eingetreten ist, so muss natürlicherweise ein „litem contestari“ vorhergegangen sein, und dies besteht in dem edere des Cognitionsprocesses (= narratio) ebensogut, wie in dem des Formularprocesses; ist „lis contestata“ noch nicht eingetreten, so ist „litem contestari“ mit edere identisch unter der Voraussetzung des Eintretens der „lis contestata“, welches im Cognitionsprocess von der entsprechenden „contradictio“[3]), im Formularprocess von dem „iudicium accipere“ abhängt. So ist die LC. des Cognitionsverfahrens principiell von der des Formularprocesses nicht verschieden: hier wie dort umfasst sie einen Verhandlungscomplex, welcher die formale Grundlage des Rechtsstreites bildet.

Aus allem dem ergiebt sich, dass die Kellersche Lehre von der LC. in der Hauptsache durchaus begründet ist. Die Auffassungen Wlassaks und Lenels können sie nicht erschüttern. Die Kellersche Bezeichnung des gesammten Verfahrens i. i. als LC. rechtfertigt sich auf Grund der betreibenden Thätigkeit des Klägers i. i., welche mit „litem contestari“ identificirt wird; die Kellersche Auffassung der LC. als des ideellen Endpunktes der Verhandlung i. i. rechtfertigt sich in dem Sinne, dass dieser

---

[1]) Wie „litiscontestatio“ kommt auch der substantivische Ausdruck „iudicatio“ vor: wie litiscontestatio das Verfahren i. i., so bezeichnet „iudicatio“ das richterliche Verfahren („in iudicio“). — [2]) S. o. S. 131: „Mit „litem contestari“ wird die klägerische Thätigkeit „ante litem contestatam“ bezeichnet“. — [3]) Vgl. l. 14 § 4 C. 3, 1.

ideelle Endpunkt eben der Moment der „lis contestata" ist, an welchen sich die Litiscontestationsfolgen knüpfen. Nur fällt der Endpunkt des Verfahrens i. i. allerdings nicht mit der Ertheilung der Formula zusammen: darin muss man Wlassak und Lenel Recht geben[1]). Somit wird die Kellersche Lehre von der Doppelbedeutung der LC. in einem weiteren und engeren Sinne im Allgemeinen ihre Geltung behalten müssen. — Für die hier vertretene Auffassung von der LC. ist die Annahme eines „festen Punktes", d. h. eines „deutlich hervortretenden Thatbestandstückes", an welches sich die Litiscontestationsfolgen knüpfen[2]), überflüssig; und ein solcher ist auch nirgends bezeugt: wir müssen uns mit der Annahme begnügen, dass der Moment der „lis contestata" mit dem des „iudicium acceptum" zusammenfällt; doch ist dabei kaum an eine ausdrückliche Annahmeerklärung zu denken[3]).

Es fragt sich, inwieweit die Kellersche LC. durch den Gesichtspunkt des Vertrages auf Grund der Wlassakschen und Lenelschen Auffassungen zu ergänzen sein wird: von einem Vertrage kraft freien Parteiwillens, wie insbesondere Lenel annimmt, kann kaum die Rede sein[4]). Das staatsrechtliche Element der iurisdictio, von dessen Wirksamkeit der Ausgang der

---

[1]) S. darüber weiter unten S. 135 ff. — [2]) Vgl. Bekkers berechtigte Zweifel an der Existenz eines solchen „festen Punktes" Zeitschr. XV, S. 182 f. — [3]) Die Bedeutung von „iud. accipere" als defensiver Parteirolle des Beklagten macht es vielleicht erklärlich, dass ein „fester Punkt", an welchen die Litiscontestationsfolgen geknüpft werden, äusserlich nicht hervortritt. Der reus ist eben derjenige, qui iud. accipit (vgl. Gai. 4, 87), mit anderen Worten derjenige, qui paratus est iud. accipere (ll. 34 § 3 D. 12, 2; 24 pr. D. 22, 1). Die Anticipirung des concreten „iud. accipere", welche in der Bezeichnung der Parteirolle mit dem nämlichen Ausdrucke liegt (vgl. Gai. 4, 87), erweckt die Vermuthung, als habe es eines ausdrücklichen iud. accipere gar nicht bedurft (= paratus est iud. accipere), sondern umgekehrt, als gelte das iud. accipirt, wenn der reus nicht ausdrücklich die Nichtannahme erkläre (vgl. Cic. pro Quinct. § 63 [s. oben S. 118] „iudicium .... non recusasse"; Cic. eod. § 61 „iudicium postulas: non recusat" [s. oben S. 124 N. 1]). Damit würde auch die Thatsache übereinstimmen, dass edere, dictare, litem contestari in der Voraussetzung des iud. accipere synonym mit der LC. gebraucht werden. Dies wäre weniger leicht möglich, wenn der Eintritt der „lis contestata" von einer ausdrücklichen Erklärung des Beklagten abhängig wäre. — [4]) S. darüber weiter unten S. 135 f.

Verhandlung i. i. mit abhängt, ist der Construction der LC. als eines Vertrages nicht günstig[1]); höchstens wird dieselbe als ein Vertrag sui generis, mit staatsrechtlicher Beimischung, angesehen werden können[2]), wie dies eben durch die öffentlichrechtliche Natur der gerichtlichen Verfolgung bedingt wird.

Soweit die LC. als ein Vertrag zu betrachten ist, findet der Gesichtspunkt desselben seinen Ausdruck in der Bezeichnung der Parteirollen mit „edere“ und „accipere iudicium“. Es ist das Verdienst Wlassaks und Lenels, den Charakter von „edere“ und „accipere iudicium“ als correspondirender Handlungen der Parteien hervorgehoben zu haben, da „iudicium accipere“ gewöhnlich für die correspondirende Handlung des prätorischen „iudicium dare“ gehalten wird. Bekker und Kübler ignoriren jene richtig erkannte Thatsache und halten „iudicium accipere“ für den correspondirenden Act von „iudicium dare“[3]). Diese Auffassung kann Angesichts der Bezeichnung der Parteirollen mit „edere“ und „accipere iudicium“ nicht aufrecht erhalten werden: actio, agere ist der processualische Angriff[4]); mit diesem Begriffe ist „edere iudicium“ in der Bedeutung der klägerischen Parteirolle identisch; dem Angriffe des Klägers kann doch nur das „iudicio defendi“, mit anderen Worten das „iudicium accipere“ des Beklagten entsprechen. Die abstracte Bedeutung von „edere“ und „accipere iudicium“ lassen den Schluss nicht ungerechtfertigt erscheinen, dass auch unter „iudicium dare“ durchaus nicht nur der concrete Act des Prätors, etwa in Gestalt der Einhändigung der Schriftformel, zu verstehen ist, sondern „iudicium dare“ auch die processualische Betheiligung des Prätors an der Verhandlung i. i. in abstracto bedeuten kann[5]). Der ursprüngliche geradezu technische Gebrauch von „iudicium dare“ bei den prätorischen Klagen zur Andeutung ihres Ursprungs[6]) be-

---

[1]) Vgl. Pernice, Zeitschr. V, S. 55 f. Bekker a. a. O. S. 178 ff. — [2]) Vgl. Pernice a. a. O. S. 56. — [3]) Bekker a. a. O. S. 181: „dare“ und „accipere iudicium“ lässt auf Uebergabe des Schriftstückes schliessen.“ Kübler a. a. O. S. 156: „Dem „iudicium dare“ entspricht das „accipere“. — [4]) Kübler a. a. O. S. 155. 174. Vgl. actio bei Wölfflin, Archiv für lat. Lexikographie IX. S. 292 f. 294 f. — [5]) Vgl. Cic. pro Caec. c. 3: „praetor, qui iudicia dat, nunquam petitori praestituit, qua actione illum uti velit.“ — [6]) Vgl. Gai. 4, 112. P. Krüger, Zeitschr. XVI, S. 2 f., vgl. S. 3 f. Vgl. Bekkers Bedenken a. a. O. S. 183.

günstigt die Annahme auch einer abstracten Bedeutung des Ausdrucks neben derjenigen in concreto.

II.

Es fragt sich, worin der praetorische Act des „iudicium dare“ in concreto bestand. Man sieht darin allgemein die sog. Ertheilung der Formula in körperlichem Sinne, d. h. die Uebergabe der Schriftformel an die Parteien. Diese Annahme ist mindestens nicht bewiesen. Jene Frage schliesst in sich die weitere Frage, in welcher Weise die sog. Schriftformel im Formularprocess überhaupt figurire. Auf die Grundlosigkeit der allgemein verbreiteten Annahme, dass der Prätor die Formel schriftlich ertheilt habe, hat bereits Kübler mit Recht hingewiesen[1]). Welche Consequenzen sich aus dieser fast als selbstverständlich geltenden Annahme ergeben können, dafür ist die Lenelsche Auffassung ein beredtes Zeugniss: die Hoffnung Lenels (a. a. O. S. 392), zu einer Lösung der Formfrage (der LC.) gelangt zu sein, die sowohl den Quellen als der Forderung einer zweckmässigen Gestaltung des Verfahrens, wie man sie den Römern zutrauen dürfte, gerecht wird, — muss in Ansehung der Consequenzen, die sich aus seiner Auffassung ergeben, als gescheitert betrachtet werden. Lenel (a. a. O. S. 390) sagt: „Die Ertheilung selbst ging m. E. einfach so vor sich, dass der Prätor die Formel schriftlich durch seine Kanzlei ausfertigen liess und so dem Kläger übergab. Eine öffentliche Verlesung des Formelwortlauts durch den Prätor erfolgte nicht, weil dieser Wortlaut für den Beklagten nur unter der Voraussetzung von Bedeutung war, dass sich der Kläger entschloss, davon Gebrauch zu machen.“ Abgesehen davon, hing es nach Lenels Ansicht, wie wir gesehen haben, noch vom Beklagten

[1]) a. a. O. S. 179 f. — Die Voraussetzung einer „körperlichen“ Bedeutung von „iudicium dare“ veranlasst Kübler (a. a. O. S. 181, vgl. S. 179), folgende Hypothese über die Form der LC. aufzustellen: der Prätor hätte sich nach Beendigung der Verhandlung i. i. von seinem Tribunal erhoben, alle Anwesenden desgleichen, die Parteien hätten „testes estote“ gerufen und dann der Prätor feierlich die Formel verlesen. — Diese Hypothese verstösst von Grund aus gegen den classischen Begriff des l. c. als klägerischer Handlung, während die Küblersche Hypothese die Anwendung von l. c. sowohl vom Kläger wie vom Beklagten voraussetzt.

ab, ob er die Formel auf das Dictat des Klägers hin annehmen wollte oder nicht. Bei dieser Auffassung der LC. als eines völlig freien Vertrages der Parteien über die Formelannahme scheint Lenel doch zu wenig die praktischen Consequenzen der Möglichkeit zu würdigen, dass die Parteien unter der vom Prätor ertheilten Formel nicht zu processiren belieben[1]). Man bedenke: die Formel war vom Prätor amtlich ertheilt[2]), von seiner Kanzlei ausgefertigt und von ihm dem Kläger übergeben worden! Man wird nicht leugnen können, dass dieser entscheidende Act des Prätors, die iudicii datio, einer gewissen autoritativen Bedeutung nicht entbehren konnte. Was also dann, wenn die Parteien die Formel abzulehnen beliebten? ist es wahrscheinlich, dass die Parteien eine vom Prätor von Amtswegen ertheilte Klageformel schlechthin ablehnen, eine von seinem Beamten ausgefertigte Urkunde, also ein amtliches Schriftstück, dadurch entwerthen konnten? warum dann überhaupt noch der Umweg der Uebergabe der Formel an den Kläger und des Dictats an den Beklagten? war es nicht einfacher, wenn der Prätor die ausgefertigte Formel verlas und die Parteien ihre Zustimmung zur selben erklärten? und wenn sie dieselbe versagten? wo blieb dann das entwerthete Schriftstück? warf der Prätor es unter die sella curulis? — Man sieht hieraus: die Lenelsche Auffassung verursacht eine Collision zwischen der freien processualischen Parteienthätigkeit und der Autorität und Würde des Magistrats[3]). Aber auch ganz abgesehen davon ist es aus Gründen der Geschäftsmässigkeit kaum denkbar, dass der Prätor sich und seine Kanzlei dazu hergegeben haben sollte, die Mühewaltung der Ausfertigung von Formeln zu übernehmen, die möglicherweise von den Parteien abgelehnt wurden. Lenel selbst (a. a. O. S. 390 f.) meint zwar, dass der Prätor den Parteien nicht Dictat oder Schreibwerk abnahm, das sie selbst verrichten konnten, aber berücksichtigt dabei nicht, dass der Prätor seine Kanzlei im beregten Falle sogar vergeblich arbeiten lassen würde. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der Prätor unter genannten Umständen von den Parteien einfach genarrt werden konnte, indem sie die ertheilte Formel zurückwiesen[4]) und —

[1]) Vgl. Bekker a. a. O. S. 181. — [2]) Kübler a. a. O. S. 179. — [3]) Vgl. Bekker a. a. O. S. 179. — [4]) Vgl. Bekker a. a. O. S. 179, vgl. ibid. S. 181.

sei es gleich oder später — um eine andere, ihnen wohlgefälligere, Formel baten! Für die Parteien wäre ein solcher Zustand Wasser auf die Mühle, um durch Verhinderung der LC. die Processe zu verzögern! Z. B. der Beklagte verschweigt eine exceptio bis zum Dictate des Klägers, und weist dann die Formel zurück, da er noch von der exceptio Gebrauch machen wolle. War der Prätor dann so gefällig, eine neue Formel ausfertigen zu lassen, welche möglicherweise wiederum der Kläger zurückwies, da er eine replicatio vorzubringen vergessen hätte? Sollte ein solcher circulus vitiosus dem Prätor sein Amt nicht verleidet haben?[1])

Die Ertheilung der Schriftformel durch den Prätor ist nirgends bezeugt; dass es eine gab, wird unwahrscheinlich, wenn man erwägt, dass zum Mindesten zweifelhaft bleiben muss, ob die l. Aebutia wirklich das Verfahren mit Schriftformel im Gegensatz zum mündlichen Legisactionsverfahren einführte? Wo ist das gesagt? Gai. (4, 30) schreibt nur: „— sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigemus.“ Dass unter den „formulae“ die im Album proponirten Formelschemata zu verstehen sind, ist von Gradenwitz und Kübler gezeigt worden (s. oben S. 117 a. a. O.) „Concepta verba“ bedeuten, wie man sich aus dem Lexikon überzeugen kann, nichts Anderes als eine bestimmte Wortfassung, Formulirung, die ebensowohl ausschliesslich mündlich, wie auch von einer schriftlichen Aufzeichnung begleitet sein kann. Die letztere ist also für die Begriffsbestimmung der „concepta verba“ irrelevant. Wenn nun die Neuerung der l. Aebutia gerade in der Einführung der Schriftformel bestanden hätte, sollte sich dann Gaius nicht genauer ausgedrückt haben, etwa „per concepta verba, in scripturam redacta“ oder „scripta“? — In 4, 11 Inst. berichtet Gaius, dass die legis actiones „immutabiles“ gewesen seien: sollte die Ratio der l. Aeb. nicht gerade die gewesen sein, an Stelle der „legis actiones immutabiles“ das „agere per con-

---

[1]) Mit Recht bemerkt Kübler gegen Lenel (a. a. O. S. 178. 179 N. 2 a. E.), „wozu denn sonst das ganze Verfahren i. i. diente, wenn nicht zur Einigung der Parteien sowohl untereinander, als mit dem Prätor über die conceptio formulae; wozu also noch die Erklärungen nach Vollendung der Verhandlung i. i.?“

cepta verba" zu setzen, d. h. nicht die Schriftformel an Stelle der Spruchformel[1]), sondern die jeweilige Formulirung an Stelle der stereotypen Form? Für eine solche Auffassung möchte folgende Erwägung über den Grund der Einführung des neuen Verfahrens sprechen: der Grund soll nach Gaius' Bericht (4, 30) die Abneigung („odium") gegen die subtile, verfängliche Form der legis actio gewesen sein! Kann man dieser Motivirung auf's Wort glauben? ist es wahrscheinlich, dass das „lege agere" in den letzten Jahrhunderten vor der l. Aeb. wirklich noch mit so grosser Gefahr für die Parteien verbunden war, in einer Zeit, wo die Formen der legis actiones nicht allein längst, insbesondere nach Verbreitung des „ius Flavianum"[2]), den Bürgern durchaus geläufig geworden sein mussten, sondern wo es ausser der l. a. sacramento noch legis actiones augenscheinlich mit geminderten Formalitäten gab?[3]) Wenn die subtile Form wirklich die einzige Ursache des „odium" gewesen wäre, wie hätte dann gerade die zweifellos subtilste legis actio, die l. a. sacramento, ihre Geltung so ungemein lange behalten, wie hätten dann umgekehrt gerade die legis actiones mit geminderten Formalitäten spurlos verschwinden können?[4]) — Wahrscheinlicher ist, dass die „legis actiones immutabiles" in Folge der Entfaltung des Rechtslebens allmählich mit den eingeklagten Thatbeständen nicht mehr recht zu vereinbaren waren, folglich öfters Ansprüche vor dem Iudex zur Verhandlung kamen, deren Thatbestand den i. i. decantirten Spruchformeln (resp. dem ius civile) keineswegs entsprachen, deren Anerkennung also ausschliesslich von dem Rechtsbewusstsein des Iudex abhing, dessen Sache es nun war, Spruchformeln und Thatbestand irgendwie auf dem Wege der interpretatio iuris civilis auszugleichen. Ein Quellenzeugniss dafür, dass im Legisactionenprocess der Thatbestand mit den Spruchformeln sich nicht immer gedeckt haben wird, bietet die Geschichte

---

[1]) So noch, auf Grundlage der Wlassakschen Lehre, Wölfflin, Archiv f. lat. Lexikographie IX. S. 124 f. 293. — [2]) Vgl. Bekker a. a. O. S. 153 f. [3]) LA. per iudicis postulationem, per condictionem. — [4]) Anscheinend hat Gaius, wie es den Röm. Juristen bei Motivirung historischer Erscheinungen nicht selten begegnet, den wahren Grund, der in der Tiefe liegt, nicht erkannt, und führt statt dessen einen äusserlichen, den Kern der Sache nicht treffenden Grund an.

von den „vites succisae" (Gai. 4, 11). Da die legis actio „immutabilis" ist, wird in iure wegen der „Bäume", dagegen in iudicio natürlich wegen der „Weinstöcke" geklagt. Es handelt sich hier zwar nur um das Klageobject, doch gewährt dieser Fall einen Fingerzeig dafür, dass man es bei der legis actio von jeher mit der Uebereinstimmung von Form und Thatbestand nicht allzu genau nahm[1]). Der Ausgleich zwischen beiden war Aufgabe der interpretatio iur. civ.[2]). Diese konnte auf die Dauer selbstverständlich nicht genügen. Mittelst der interpretatio konnte ein Iudex heute so, ein anderer morgen anders entscheiden. Die schwankende Praxis der Iudices, die mit der interpretatio in ihrer Hand ruhende Entscheidung über die civile Grundlage der Ansprüche, in Folge dessen die Abweisung einer Klage heute, welche gestern unter gleichen Umständen von einem anderen Iudex für begründet erachtet worden war — solche Verhältnisse können sehr wohl jenes „odium" erzeugt haben, von welchem Gaius spricht. Vermuthlich sollte die l. Aeb. einem solchen Zustande steuern, als sie die legis actiones immutabiles abschaffte und die Klagenformulirung einführte, durch welche dem Iudex die Entscheidung über die civile Grundlage der Ansprüche entzogen und der prätorischen iurisdictio vorbehalten wurde, während dem Iudex in Gemässheit des formulirten Anspruchs, als Instruction, nur die Entscheidung über die Thatfrage überlassen blieb[3]). Für

[1]) Allerdings heisst es in l. 3 pr. D. 47, 7 (Ulp. lib. 42 ad Sab.): „Vitem arboris appellatione contineri plerique veterum existimaverunt." — Jedoch können diese Worte Ulpians resp. Sabins kaum darüber hinwegtäuschen, dass — wenigstens ursprünglich — die vites auch bei den Römern ebensowenig als Bäume angesehen worden sind, wie etwa heutzutage bei uns. Erst die im Rechtsstreite hervortretende Nothwendigkeit, die vites als arbores zu interpretiren, andernfalls die an sich gerechtfertigte Klage aus Formenzwang abgewiesen werden musste, konnte die naturgeschichtlich nicht aufrecht zu erhaltende Bezeichnung der vites als arbores erzeugen: die einmal festgewurzelte Anschauung ging in die Jurisprudenz über, und zwar nicht unbeanstandet (vgl. „plerique veterum existimaverunt"). — [2]) Vgl. Ius Aelianum. — [3]) Vgl. Kübler a. a. O. S. 161 f. 169. Absolut liess sich die Scheidung wohl kaum durchführen, z. B. bei Irrthum des Prätors, der Parteien musste der Iudex wohl auf die Rechtsfrage zurückkommen (vgl. Cic. Part. orat. c. 99: „ne hac lege?" etc.). Nicht wenig mögen auch die Künste der Advocaten dazu beigetragen haben, dass in iudicio öfters auf die Rechtsfrage zurückgegriffen wurde.

die Annahme, dass das „litigare per concepta verba“ zur Verhinderung einer unsicheren Praxis der Iudices eingeführt wurde, spricht der Umstand, dass die legis actio in den Fällen, wo das Centumviralgericht competent war, durchaus beibehalten wurde: wohl aus dem einfachen Grunde, weil ein ständiges Collegialgericht mit constanter Praxis der Instruction durch die Formel nicht bedurfte. Wenn aber die Gefahr des „litem perdere“ (Gai. 4, 30) oder das Missfallen darüber, dass die legis actio zur Farce geworden war (vgl. Cic. pro Mur. c. 12), zur Aufhebung derselben geführt haben sollten, warum wurde dann an der legis actio für die Fälle des Centumviralgerichts unentwegt festgehalten? hätte sie nicht wenigstens durch ein anderes moderneres Verfahren i. i. ersetzt werden können? Jene Gründe, insbesondere die Möglichkeit des selbstverschuldeten „litem perdere“, gegen welches man sich durch Zusammennehmen seiner fünf Sinne schützen konnte, können also schwerlich jenes odium der Römischen Bürgerschaft gegen die legis actio erzeugt haben[1]).

Die „concepta verba“ sollten dem Iudex zur Instruction dienen. Die Formulirung kann zunächst mündlich gewesen sein[2]), später, als die Formeln complicirter wurden, mag es Sitte geworden sein, die Formulirung schriftlich zu fixiren[3]).

---

[1]) Sehr bezeichnend ist Gaius' Bericht (4, 31) bezüglich der causa damni infecti „damni vero infecti nemo vult lege agere“: nämlich hier urtheilte der unus iudex. Dagegen scheint das Centumviralgericht trotz legis actio populär gewesen zu sein, weil es als ständiges Gericht offenbar die Garantie für eine consequente, gesunde Praxis bot. Von einem Zwange, in gewissen Fällen vor dem Centumviralgericht processiren zu müssen (vgl. Gradenwitz, Zeitschr. IX, S. 193), kann kaum die Rede sein: dagegen spricht zu klar der Wortlaut bei Gaius („permissum est“). Warum sollte es dann nicht ebensogut bei der causa damni infecti Zwang gewesen sein, lege zu agiren? Ferner gab es ja später eine formula petitoria! — Das Centumviralgericht war also wohl concurrirendes Gericht, dessen Wirksamkeit nicht aus dem Gebrauch kam, weil es als Collegialgericht populär war. — [2]) Erman (Zeitschr. XVII, S. 335). — Soweit würde dann allerdings die LC. als Urkundsact mittelst Zeugenaufrufs auch im Formularprocess fortgedauert haben (Wlassak, LC. S. 69 ff., vgl. Lenel a. a. O. S. 380 N. 2). — [3]) Dass die Formel schriftlich aufgezeichnet wurde (vgl. Gai. 4, 132. 137), darüber besteht wohl allgemeines Einverständniss. Anscheinend meint Erman (Zeitschr. XVII, S. 334), Kübler leugne jenes: dann irrt er doch wohl.



Erman (Zeitschr. XVII, S. 334 f.) nimmt an, dass die Formel die allgemeine römische Beglaubigungsform der versiegelten Wachstafelurkunde erhalten habe. Nach seiner Meinung seien solche „tabulae iudicii" erwähnt in der bekannten Horazstelle Sat. 2, 1, 86:

Si mala condiderit in quem quis carmina, ius est
Iudiciumque. Esto, si quis mala; sed bona si quis
Iudice condiderit laudatus Caesare? si quis
Opprobriis dignum latraverit, integer ipse?
Solventur risu tabulae, tu missus abibis.

Demgemäss übersetzt Erman den letzten Vers folgendermassen: „Unter Lachen wird die Formel geöffnet werden." — Wie Erman selbst bemerkt, ist der Vers noch unerklärt. Auch Ermans Erklärung ist kaum überzeugend. Sie setzt eine processualische Unmöglichkeit voraus: die Formel wird doch unzweifelhaft bei Beginn des Verfahrens in iudicio geöffnet (vgl. Gai. 4, 141); aus welchem Grunde soll nun der blosse Einblick in die Formel die Lachlust des öffnenden Geschwornen erregen, bevor ihm das Detail des Thatbestandes bekannt geworden ist?? Dasselbe Gaudium hätte ja dann bereits der Prätor in iure haben müssen, der doch die Formel ertheilte und dem also wenigstens die Klagebehauptungen bekannt ge-

Kübler (a. a. O. S. 179, vgl. S. 180, s. oben S. 135 f.) bezweifelt nur die schriftliche Ausfertigung und Ertheilung der Formel durch den Prätor, d. h. die Natur der Formel als eines amtlichen Schriftstückes. Aus der weiteren Ausführung Küblers (a. a. O. S. 179 f. und S. 179 N. 2) geht doch hervor, dass er die schriftliche Fixirung der Formel an sich (z. B. durch die Parteien) nicht in Abrede stellt. — Uebrigens vermögen die von Erman gegen Küblers vermeintliche Behauptung angeführten Stellen keineswegs die Schriftlichkeit der Formel zu beweisen. Der Passus Gai. 4, 141 (vgl. Kübler a. a. O. S. 179) „ad iudicem .. itur et ibi editis formulis quaeritur" besagt nur, dass die Formeln in iudicio bekannt gemacht, mitgetheilt werden: warum könnte dies nicht durch mündliche Rede geschehen sein? Welchen Beweis erblickt Erman hier für die Schriftlichkeit der Formel?? — Ebensowenig beweisen die übrigen angeführten Stellen: betreffs Gai. 4, 163 u. 170 ist zu verweisen auf die Bedeutung von „formula" (s. oben S. 137) und „accipere iudicium" (s. oben S. 123 f., S. 133 ad N. 3, S. 134); betreffs Gai. 4, 165 ist zu verweisen auf die Bedeutung von „edere" (s. oben S. 122 f., S. 134), ferner ist das „formulae subicit" eben eine Conjectur; Gai. 4, 169 gewährt überhaupt keinen bestimmten Anhalt.

worden waren! Folglich hätte er die beantragte Formel denegiren sollen! Also nach Ermans Erklärung würde der Prätor als der Schuldige erscheinen, welcher die komische Situation in iudicio veranlasst! — Sonach wird das Heiterkeit erregende Moment kaum in der Formel als solcher zu suchen sein. Der erwähnte Umstand ist geeignet, Zweifel an der Ermanschen Deutung zu erwecken. Fast gewiss wird es, dass die erwähnten tabulae keine tabulae iudicii sein können, durch folgende Cicerostelle, pro Caecin. 71: „in iure nihil est eius modi, recuperatores, non tabulae falsae, non testis improbus.“ — Hier ist in apodictischer Weise erklärt, dass es in iure Derartiges, wie Tafeln, Zeugen nicht giebt[1]): dass nicht ausschliesslich tabulae falsae etc. gemeint sind, ergiebt der Zusammenhang der Stelle, wenngleich jene hervorgehoben werden, da Cicero vom iudex improbus spricht. Uebrigens, vorausgesetzt auch, dass gerade nur tabulae falsae etc. gemeint wären, so würde auch diese eingeschränkte Bedeutung gegen Erman sprechen: auch die tabulae iudicii können von einem praetor improbus oder von bestochenen Litiscontestationszeugen (vgl. Erman a. a. O. S. 334) gefälscht werden.

Ermans Einwand gegen Acros Deutung „solventur XII tabulae“, sie ermangele der horazischen Schärfe, ist nicht stichhaltig: diese Deutung ist immerhin möglich (vgl. Horaz in der Ausgabe von Nauck und Krüger, 3. Aufl., Leipzig 1860), Ermans ist unmöglich. Hier soll folgende Erklärung versucht werden: dass den tabulae öfters menschliche Handlungen beigelegt werden (z. B. tabulae clamant, coarguunt, delectant, obsunt, prosunt s. Merguet, Cicerolexikon), ist nichts Auffallendes; dasselbe findet sich auch bei anderen Gegenständen. Aber von Wichtigkeit ist folgender Passus: Cic. pro Quint. Rosc. 2: „aeque enim tabulae condemnantur eius, qui verum non rettulit, et eius, qui falsum perscripsit.“ — Um wieviel mehr würde der Ausdruck „tabulae condemnantur resp. damnantur“ auf eine Schmähschrift passen! Sollten also die von Horaz erwähnten tabulae nicht die Tafeln sein, welche das angebliche Schmähgedicht enthalten? Dass das-

---

[1]) Diese Stelle ist auch bezeichnend für den oben angedeuteten Umstand, dass der Prätor i. i. keine Kenntniss vom wirklichen Thatbestande haben könne.

selbe auf tabulae geschrieben wäre, würde sich um so mehr erklären, als es seiner Natur nach gerade den Zweck der öffentlichen Verbreitung hat. Wenn es nun heisst „solventur .. tabulae", so bedeutet dies: die das Schmähgedicht enthaltenden tabulae, d. h. das corpus delicti wird von seiner criminellen Vinculirung gelöst, befreit. Dass dies unter Lachen geschieht, ist erklärlich: die Einsichtnahme des corpus delicti ergiebt, dass das angebliche malum carmen ein in seiner Art bonum carmen ist, dies erzeugt einen komischen Contrast mit der schweren Anklage wegen des malum carmen (Bruns, Font. tab. VIII. 1. a. b.)[1]).

Die Formel war also wohl ein gewöhnliches Schriftstück. Weshalb aber gerade der Prätor die schriftliche Formel ausgefertigt haben sollte[2]), ist in der That nicht einzusehen[3]). Die Verhandlung i. i. blieb, ebenso wie im Legisactionenprocess, zum grössten Theile Parteihandlung, nur in freier Weise. Nach Gaius' Darstellung ist es der Kläger (is qui agit, petit, edit), welcher intendit[4]), demonstrat[5]), convertit in condemnationem[6]), concipit[7]). Wenn der Kläger die Formel concipirt[8]), warum soll der Prätor dann für ihn Schreiberdienste verrichten, und die Formel ausfertigen lassen? Noch eher als die Conception musste die Sicherung der Formel den Parteien in ihrem eigenen Interesse überlassen bleiben. Wie die Formulirung des Anspruchs, war also auch die schriftliche Aufzeichnung der ersteren Parteiensache. Dafür scheint die Schilderung der vorläufigen Klageanzeige in l. 1 pr. § 1 D. 2, 13 zu sprechen: aus der vorbereitenden Thätigkeit der Parteien geht hervor, dass dieselben oft bereits mit den schriftlichen Formeln i. i. erschienen sein müssen; wenn nun z. B. die von

---

[1]) Die Situation ist also geradezu humoristisch: der Contrast zwischen dem ernsten Beginn des Processes und seinem unerwartet unschuldigen Ausgange wirkt komisch, erweckt den Humor der Richter, vorausgesetzt, dass man anerkennt, dass Humor die Wirkung gewisser Contraste ist. Die Horazstelle bezeugt also, dass sogar die starren, herzlosen Römer dem Humor nicht unzugänglich waren (vgl. Quinctil. 5, 10, 67 „cum risu tota res solvitur"). — [2]) Vgl. Erman a. a. O. S. 334. — [3]) S. oben S. 135 f. und S. 140 N. 3. Kübler a. a. O. — [4]) 4, 2. 3. 33. 34. 36. 41. 45. 55. 56. 64. 92. 93. — [5]) 4, 59. 60. — [6]) 4, 35. 86. 87. — [7]) 4, 68 vgl. 165. — [8]) Selbstverständlich unter Berücksichtigung der Einwendungen des Beklagten und des Prätors, vgl. Kübler a. a. O. S. 174.

den Parteien verlangte, bereits schriftlich fixirte Formel vom Prätor ohne Veränderung gewährt wurde, weshalb sollte es dann noch einer Ausfertigung seitens des Prätors bedurft haben?[1]) Erhielten die Parteien eine andere Formel oder waren sie ohne geschriebene Formel i. i. erschienen, so dictirte der Kläger augenscheinlich die vom Prätor gewährte Formel dem Beklagten, worauf der Ausdruck „dictare" (= edere in iure) hinweist[2]).

Aus der Auffassung, dass die Formelconception hauptsächlich, die Aufzeichnung der Schriftformel lediglich Parteiensache war, würde sich erklären, wie die ursprüngliche Bedeutung der LC. als eines Urkundsactes zur Bedeutung des gesammten Verfahrens i. i. gelangen konnte. Wie früher die Zeugen, so sollte die schriftliche Aufzeichnung der Formel zunächst der Beurkundung dienen[3]). Man sah also die LC. in

[1]) In der vorbereitenden schriftlichen Parteienthätigkeit des Formularprocesses wird man die Grundlage für den vorbereitenden Schriftwechsel der Parteien im Cognitionsprocess sehen können. — [2]) Mit Recht meint Kübler (a. a. O. S. 178), bezugnehmend auf Wölfflin, Archiv f. lat. Lexikographie IX. S. 125, dass durchaus nicht sicher sei, ob „dictare" dasselbe bedeute, wie unser „dictiren": Wölfflin a. a. O. sagt, dass die Bedeutung von „actionem dictare" noch nicht genügend aufgeklärt sei; demgegenüber steht allerdings bei Merguet, Cicerolexikon, „dictare" heisse „vorsagen, dictiren", aber in den angeführten Stellen hat dictare nur den Sinn von „vorsagen" zum Nachsprechen, kaum den von „vorsagen" zum Nachschreiben, d. h. von dictiren im heutigen Sinne. Indess weist in l. 1 § 1 D. 2, 13 das „vel dictare" seines Zusammenhanges wegen mit den vorhergenannten Formen des „edere" „copiam describendi facere vel in libello complecti et dare" auf ein wirkliches Dictat zum Nachschreiben hin, und zwar ist kein Grund vorhanden, anzunehmen, dass der Begriff dieses dictare ein anderer sein sollte als derjenige des dictare, von welchem Labeo (eod. loc.) spricht („eum quoque edere Labeo ait, qui producat adversarium suum ad album et demonstret quod dictaturus est vel id dicendo, quo uti velit"): ein dictare des Klägers i. i. zum Nachsprechen für den Beklagten hätte übrigens gar keinen Sinn. — [3]) S. oben S. 115 N. 5. — Lenel (a. a. O. S. 379 f.) bestreitet allerdings, dass dadurch der Zweck erreicht würde, da die Schriftformel der Verfälschung durch die Parteien ausgesetzt wäre. Gewiss wird man mit Lenel annehmen müssen, dass gegen die eventuelle Verfälschung der Formel die gerichtsactenmässige Aufzeichnung der letzteren (durch den Scriba) schützte (S. 380). Nichtsdestoweniger wird man einräumen, dass eigentlich die Aufzeichnung durch die Parteien der Sicherung dienen sollte, da die rich-

der schriftlichen Fixirung der Formel durch die Parteien: aber da die Formel erst in Folge der Uebereinkunft der Parteien fixirt werden konnte, so verschob sich der Begriff der LC. zur Verhandlung über das Wie? der Fixirung und umfasste somit die ganze Verhandlung i. i. Wo blieb z. B. die Bedeutung der LC. als eines Urkundsactes durch Schrift, wenn die Parteien mit den geschriebenen Formeln i. i. erschienen und die letzteren anstandslos vom Prätor gewährt wurden?

Wenn die Aufzeichnung der Formel Parteiensache war, so kann das „iudicium dare“ des Prätors auch nicht in einem „körperlichen“ Sinne verstanden werden, sondern indem er ein „iudicium in ea verba“ für begründet anerkennt und die Ordnungsmässigkeit der Formelconception controllirt, giebt er das iudicium („iudicium dat“).

Demnach stellt sich die Verhandlung i. i. folgendermassen dar: nachdem der Antrag auf eine gewisse Formel vom Prätor als begründet anerkannt worden ist, stellt der Kläger unter Mitwirkung des Beklagten und des Prätors den Wortlaut der Formel fest[1]), möglicherweise unter Dictat der einzelnen partes formulae an den Beklagten. Ein ausdrückliches iudicium accipere des Beklagten erfolgt nicht, denn wenn seine Einwendungen berücksichtigt worden sind, so ist zu vermuthen, dass er im Uebrigen zustimmt[2]). Mit dem Schlusse der Verhandlung i. i. ist die LC. erfolgt (= lis contestata). Vom Kläger als dem hauptsächlich handelnden Theile heisst es „litem contestari“. Iudicium edere — accipere — dare haben für den Individualfall natürlich eine concrete Bedeutung; andererseits bezeichnen diese Termini die processualische Rolle der in iure Betheiligten in abstracto.

---

tige Aufzeichnung die Regel, die Fälschung die Ausnahme ist, in deren Falle erst die amtliche Aufzeichnung durch den Scriba beweisend eingriff.

[1]) Kübler a. a. O. S. 174. 140. — [2]) S. oben S. 133 N. 3. — Selbstverständlich kann er bis zum Schlusse der Verhandlung i. i. die Formel ausdrücklich ablehnen, vorausgesetzt, dass der Prätor ihn nicht zur Annahme zwingt (cogit, iubet iudicium accipere).

V.

Zum griechisch-attischen Rechte.

Von
Herrn Professor **H. F. Hitzig**
in Zürich.

Ludovic Beauchet, histoire du droit privé de la république athénienne. Paris, Chevalier-Marescq et Cie. 1897. I: LIII u. 541; II: 552; III: 747; IV: 575 S.

Das Werk Beauchets kommt einem längst anerkannten Bedürfniss entgegen: es bringt eine, von einem Juristen verfasste und für Juristen bestimmte Darstellung des gesammten attischen Privatrechts.

An einem solchen Werk soll auch der Romanist nicht vorbeigehen. Jedermann weiss, wie gross die Zahl der Institute des römischen Rechts (nicht nur des Privatrechts!) ist, bezüglich deren schon mit mehr oder weniger Sicherheit behauptet worden ist, sie stammen aus dem griechischen Recht oder sie seien in ihrer Entwickelung durch griechische Einflüsse bestimmt worden. In all diesen Fragen wird erst dann die Antwort möglich werden, wenn das griechische Recht selbst von Juristen durchforscht sein wird. Das ist bisher nur in sehr geringem Masse geschehen und der Aufschwung, den unter Kohlers Führung die vergleichende Rechtswissenschaft genommen, hat dem griechischen Recht kaum einen Nutzen gebracht. Die Zahl der juristischen Arbeiten ist minim, die meisten beschränken sich zudem auf die Behandlung einzelner Materien. Woher kommt dies? Gewiss nicht davon, dass man die Bedeutung des griechischen Rechts niedriger anschlägt, als die des kalmükischen oder irokesischen.

Der Grund liegt in der Schwierigkeit der Aufgabe, in der Beschaffenheit der Quellen: in ihrer (verhältnissmässigen) Dürftigkeit und in ihrer Sprache. Wir besitzen kein attisches corpus iuris; unsere Kenntniss schöpfen wir meist aus Plaidoyers gewandter Advocaten, aus Erklärungen von Grammatikern und Lexikographen, aus Inschriften (Gesetzen und Geschäftsurkunden); man denke sich einen Augenblick, welches Bild von unserem Recht unsere Nachkommen gewinnen würden, wenn sie auf solches Material angewiesen wären! Bei dieser Dürftigkeit ist Verwerthung und Ausnützung alles Vorhandenen dringend geboten; auch hier muss, wer arbeiten will, selbst in die Quellen dringen; er darf sich nicht mit der Verwerthung tralatizischer Belegstellen begnügen, er muss Inschriften und Reden selbst durchgehen, denn leicht entdeckt er noch einen brauchbaren Stein für das Gebäude, den Andere übersehen oder als unbrauchbar zur Seite geschoben haben. Dazu kommt die Schwierigkeit der Sprache; wer der Sprache nicht mächtig ist, mag sich bei den Rednern mit einer Uebersetzung helfen (misera res!), an den Inschriften muss er Schiffbruch leiden. Das alles ist freilich minder einfach, als aus einem in moderner Sprache geschriebenen, modernen Reisebericht das Recht moderner Naturvölker zu beschreiben. So hat denn auch seit altersher auf dem Gebiet des griechischen Rechts der Jurist das Arbeitsfeld geräumt und dem Philologen überlassen; es soll dankbar anerkannt sein, dass tüchtige Philologen früher und jetzt mit Hingebung und Ernst auf diesem Gebiete thätig gewesen sind und Werke von bleibendem Werth — ich nenne statt aller Meier-Schömanns attischen Process — geschaffen haben.

Aber es liegt in der Natur der Sache, dass der Philologe, dem das juristische Rüstzeug fehlt, leicht an Dingen achtlos vorübergeht, die dem Juristen sofort in die Augen fallen; dem Philologen fehlt vor Allem die Möglichkeit der Vergleichung; eine Entwickelung, die dem Philologen unerklärlich und unglaublich erscheint, kann leicht von dem Juristen als durchaus plausibel nachgewiesen werden, wenn sie sich in anderen Rechten wiederfindet; auf demselben Wege können oft Zusammenhänge erkannt und Lücken ausgefüllt werden; ergibt sich z. B., dass überall ein Rechtsinstitut die Entwickelung a, b, c

durchmacht, so wird man das Zwischenstadium b annehmen dürfen, auch wenn sich nur die Stadien a und c nachweisen lassen und scheinbar unvermittelt neben einander stehen.

Unter diesen Umständen muss eine gründliche juristische Arbeit willkommen geheissen und der Muth ihres Verfassers (Hudtwalker, Diaeteten p. XIII, spricht von einer Reinigung des Stalles des Augeias!) anerkannt werden. Beauchet — Professor in Nancy — ist auf dem Gebiete des griechischen Rechts homo novus; er hat sich namentlich durch eine Geschichte der fränkischen Gerichtsverfassung (1886) bekannt gemacht; in den letzten Jahren hat er sich, wie aus dem Verzeichniss seiner Schriften hervorgeht, namentlich mit nordischen Rechten beschäftigt. Die Arbeit, die B. jetzt vorlegt, ist vor Allem eine fleissige Arbeit; man merkt auf jeder Seite, dass er sich Mühe gegeben hat, der Materie Herr zu werden. Dass er Jurist ist, sieht man sofort aus der Eintheilung des Werkes, die im Grossen und Ganzen diejenige der Institutionen ist: I. Buch (Band I und II): droit de famille, II. Buch (Band III): droit de propriété (Sachenrecht und Erbrecht), III. Buch (Band IV): droit des obligations. Auch innerhalb der einzelnen Bücher wird nach bekannten Kategorien eingetheilt. Die Litteratur, auch die deutsche, ist vollständig berücksichtigt; ich werde unten nur Weniges nachzutragen haben. Dasselbe gilt von den Quellen, die B. meistens nicht nur citirt, sondern abdruckt; vielleicht würde es sich empfehlen, wenigstens bei den wichtigeren Stellen immer (es geschieht häufig) eine Uebersetzung beizufügen. Vergleiche mit anderen Rechten, vorab mit dem römischen und französischen Recht, sind an passenden Stellen angebracht. Ausführliche Register und Inhaltsübersichten erleichtern die Benutzung des Buches. Alles in Allem: ein Werk, in dem sich der juristisch gebildete Leser leicht orientiren kann und das ihm für jede Frage ein treues Bild des heutigen Standes der Wissenschaft gibt.

Freilich, der Eine und Andere, — und so auch der Referent, wird von einer solchen Gesammtdarstellung des attischen Rechts noch mehr erhofft haben. Ich will dem Verfasser keinen Vorwurf daraus machen, dass er sich auf das attische Recht beschränkt hat; die Begründung, die er für diese Beschränkung in der Vorrede anführt, ist freilich nicht stichhaltig und

kann gegen das von Mitteis überzeugend Ausgeführte nicht aufkommen. B. hat aber überall die ausserattischen Quellen zur Vergleichung herangezogen, so dass man im Resultat doch ein Bild des griechischen Rechts erhält. — Dagegen sind andere Hoffnungen und Wünsche nicht erfüllt. Wer die gesammte Materie bearbeitet und überblickt, der — dachte ich — muss auch zu Resultaten gelangen, zu denen Derjenige nicht vordringen kann, der sich auf das Studium einer einzelnen Materie beschränkt. So vor Allem zur Auffindung eines Systems des griechischen Rechts; die Unterbringung der Institute unter römische Kategorien ist gewiss viel besser, als etwa die gänzlich verfehlte und unjuristische Anordnung des Stoffes in Thalheims Rechtsalterthümern (s. hierüber meine Besprechung in der philol. Rundschau 1895), aber sie ist doch nur ein Nothbehelf; einzelnen Instituten wird damit Zwang angethan, Zusammengehöriges wird auseinandergerissen, Verschiedenartiges zusammengestellt. Ich rechne hierher etwa die Zusammenstellung von Alters- und Geschlechtsvormundschaft, die Unterbringung der Apokeryxis bei der väterlichen Gewalt, die Trennung von Emphyteuse und (gewöhnlicher) Pacht (*μίσθωσις*). Weiter hätte ich erwartet, dass sich dem Bearbeiter der ganzen Materie der Blick derart schärfen würde, dass er auch hier und dort das Dunkel durchdringen würde, das noch über einzelnen Materien lagert; dass durch Verbindung und Vergleichung die Einzellehren gefördert würden. Auch dies vermisse ich. — Die Erklärung der Erscheinung ist einfach. B. beschränkt sich in der Hauptsache darauf, die bisher von Anderen vorgetragenen Ansichten und die für dieselben vorgebrachten Argumente in breiter Darstellung zusammenzustellen und zu gruppiren, ohne irgend etwas Wesentliches beizufügen; wo er zustimmt, bringt er keine neuen Argumente, wo er verwirft, keine neuen Gegenargumente; es fehlt an eigenen, neuen Ideen, die fördern und anregen könnten. B. ist zu sehr abhängig von der Vorlage: er übernimmt nicht nur Resultat und Begründung Anderer, sondern auch die ganze Anordnung des Beweismaterials, den modus procedendi der Beweisführung; man vergleiche nur etwa B. I p. 467 ff. mit Hruza, Beiträge zur Geschichte des griech. und röm. Fam.-R. p. 93 (Anm.) ff., B. II p. 238 ff. mit Schulthess, Vormundsch.

n. att. R. p. 139 ff., B. III p. 200 ff. mit Hitzig, griech. Pfandrecht p. 17 ff., B. III p. 600 ff. mit Meier-Schömann-Lipsius, att. Proc. p. 605 ff. Freilich — das muss sofort hinzugefügt werden — beabsichtigt B. nirgends, den Leser über die Autorschaft zu täuschen, da er die Namen seiner Gewährsmänner immer nennt. — Bei der Auswahl der Ansicht, die er acceptirt, scheint er mir zu leicht geneigt, Dem Recht zu geben, der zuletzt gesprochen hat. Andererseits führt das Bestreben, allen Ansichten gerecht zu werden, zu einer oft ermüdenden Breite der Darstellung; oft wird früher Gesagtes wiederholt, wo ein Zurückgreifen durch blosse Verweisung genügen würde; dies gilt namentlich für die Behandlung bestrittener Fragen. Hier pflegt B. zu sagen: Es existirt eine Ansicht I, sie führt für sich an die Argumente a, b, c und versteht die Quellenstellen x, y, z so und so; dagegen steht Ansicht II, sie verwirft die Argumente a, b, c und versteht die Quellenstellen x, y, z anders. So wird Alles zweimal ausführlich besprochen. Die Vergleiche mit dem römischen Recht würden gewinnen, wenn jeweilen die einschlägigen Quellenstellen citirt würden; jetzt citirt B. regelmässig nur das Lehrbuch von Accarias. Ich habe das Buch nicht zur Hand; wahrscheinlich hat B. ihm einige Bemerkungen entnommen, die bedenklich sind: so der Jurist Servius aus der Kaiserzeit (II p. 149), die abdicatio als ein sicher nachgewiesenes und von der emancipatio verschiedenes Rechtsinstitut II p. 128, die Definition des Eigenthums als ius utendi, fruendi, abutendi III p. 45, das beneficium discussionis (statt excussionis) IV p. 471. — An Druckfehlern fehlt es in dem Buch nicht (s. z. B. das Conglomerat von solchen I p. 84 am Ende des Textes); doch ist auf die Schreibung der griechischen (Accent!) und deutschen Worte mehr Sorgfalt verwendet, als dies gewöhnlich in französischen Büchern geschieht. Ein eigenthümliches Geschick hat der französische Gelehrte Haussoullier: mir hat man mit Recht vorgeworfen, ich schreibe ihn Houssouillier, nun schreibt B. Haussoulier. — Schliesslich bemerke ich, dass der Titel des Werkes irreführend ist; dem Inhalt des Werkes entspricht nicht der Titel: histoire du droit privé etc., sondern nur der Titel: droit privé.

Unter diesen Umständen ist es eine eigenthümliche Aufgabe, das Werk B.s zu besprechen: man sollte sich jeweilen

mit der von B. acceptirten Ansicht eines Dritten auseinandersetzen. Ich glaube im Interesse der Leser dieser Zeitschrift zu handeln, wenn ich an Hand des B.schen Werkes und in Beobachtung der von ihm befolgten Anordnung des Stoffes kurz den heutigen Stand der Wissenschaft skizzire, meine Zusätze und Berichtigungen anbringe und auf diejenigen Punkte besonderes Gewicht lege, die dem Romanisten nahe liegen. Dabei werde ich die Materien, die wesentlich dem Civilprocess angehören (auch wo sie von B. behandelt sind), ausser Betracht lassen und diejenigen, die durch Mitteis untersucht und so weiteren Kreisen bekannt geworden sind, durch blosse Verweisungen erledigen.

B. schickt eine Vorrede voraus, die durch den Ernst, mit dem er für die Sache, und durch die Bescheidenheit, mit der er von seiner Person redet, sympathisch berührt. Er spricht von der Bedeutung des griechischen Rechts und untersucht die Gründe seiner Inferiorität gegenüber dem römischen; er erkennt sie darin, dass der Entwickelung des griechischen Rechts Raum und Zeit, und die Pflege und Fortbildung durch die Wissenschaft gefehlt habe. Er betont mit Recht, dass in vielen Materien das griechische Recht modernen Ideen näher komme als das römische; dieses wiederum habe sich griechischen Einflüssen nicht entziehen können; mit einer sehr kühnen Wendung p. XXVIII. XXIX kommt er dazu, das griechische Recht sogar einen „facteur non négligeable dans l'élaboration de nos codes" zu nennen. Sodann wird über die Quellen und die bisherige Litteratur kurz referirt[1]).

---

[1]) Im Folgenden bedeutet Rec.: Recueil des inscriptions juridiques grecques par R. Dareste, B. Haussoullier, Th. Reinach I (1891), II (1892), III (1894). Folgende Werke sind nur mit dem Namen der Verfasser citirt: Meier-Schömann-Lipsius, Der attische Process; Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht; Thalheim, griechische Rechtsalterthümer, 4. Aufl., 1895. — Die vier Abschnitte, die im Text gemacht sind, entsprechen den vier Bänden des Werkes; wo schlechthin B. (Beauchet) citirt ist, ist der in dem Abschnitt besprochene Band gemeint.

I.

Der erste Band behandelt die erste Hälfte des Familienrechts.

In seinen „Beiträgen zur Geschichte des griechischen und römischen Familienrechts“ (I 1892, II 1894) hatte E. Hruza die Ansicht vertreten, dass das „attische Recht die Polygamie gewiss nicht ausdrücklich verboten, aber wahrscheinlich auch nicht geradezu erlaubt habe“, die bigamische Ehe sei nicht nichtig, die Kinder aus einer solchen keine *νόθοι* (II p. 31 ff. 52). Die herrschende Lehre betrachtet die Polygamie als unzulässig und sieht in den von H. angeführten Fällen nicht zwei eheliche Verbindungen, sondern ein Nebeneinanderbestehen von einer Ehe und einer aussereheIichen Verbindung. B. tritt sowohl der herrschenden Lehre als Hruza entgegen; er denkt, wie Hruza, und mit Recht, an zwei eheliche Verbindungen, leugnet aber die Coexistenz derselben, die eine sei jeweilen aufgehoben worden, als die zweite begann. Ich trete Hruza bei und glaube nicht, dass dieser neueste Versuch, Polygamiefälle aus den Quellen zu entfernen, befriedigen wird; in zwei Fällen versagt er gewiss: für die Ehen des Kallias (H. p. 45, B. p. 63) und des Mantias (H. p. 32, B. p. 44). Von dem Ersteren heisst es: [*γυναῖκα*] *γήμας* — *ἐπέγημε τῇ θυγατρὶ τὴν μητέρα* (Andok. v. d. Myst. 129). Das kann aber nur heissen: nachdem er die Tochter geheirathet, heirathete er noch die Mutter hinzu; und von Mantias' Verbindung mit der Plangon sagt Demosthenes (g. Boiot. II 27, 1016) ausdrücklich, sie habe vor und nach dem Tode der anderen Frau in ganz gleicher Weise bestanden: *ἐκείνη .. τὸν βίον ἐτελεύτησεν, ἡ δὲ .. Πλάγγων καὶ πρότερον καὶ μετὰ ταῦτα ... ἐπλησίασεν αὐτῷ.*

B. nimmt übrigens bei dieser Frage (I p. 62) an, dass durch die Eingehung einer zweiten Ehe der Wille, die bisherige Ehe aufzulösen, documentirt werden könne; später (p. 381) bezeichnet er dies aber selbst als zweifelhaft; bekanntlich stritt man hierüber auch in Rom: Cic. de or. I 40. — M. E. liesse sich gegen Hruzas Ausführungen höchstens ein Einwand erheben; wir sehen in Demosthenes' Rede gegen Eubulides (40, 1311), wie Protomachos Anspruch auf eine Erbtochter erwirbt und um diese zu heirathen, seine bisherige

Frau entlässt und dem Thukritos in die Ehe gibt; Hafter (Erbtochter p. 62 Anm.) führt dies auf die Unzulässigkeit der Bigamie zurück; aber es ist nirgends gesagt, dass Protomachos die bisherige Frau entlassen musste, und, auch wenn es gesagt wäre, könnte eine Besonderheit des Erbtochterrechts vorliegen.

In der Lehre vom Concubinat verwirft B. (p. 101 ff.) die Buermannsche Lehre vom legitimen Concubinat, acceptirt hingegen Hruzas Erklärung von Isai. ü. d. Erbsch. d. Pyrrh. 39, indem er die Worte *ἐπὶ παλλακίᾳ διδόντες τὰς ἑαυτῶν* auf Sclavinnen bezieht. Was dagegen zu sagen ist, hat bereits B. Kübler in dieser Zeitschrift XV, p. 401—403 ausgeführt; ich stimme ihm durchaus bei und bemerke nur, dass die ganze Darstellung Hruzas an sich wenig plausibel ist: die Sclavin wird dem Liebhaber „gegeben" (*δίδοται*) und bleibt doch „in der Regel im Haus des Eigenthümers", H. II p. 85. Zum Ausdruck *διδόναι τὰς ἑαυτῶν* vgl. Demosth. g. Neair. 122 (1386), wo deutlich von Töchtern (nicht von Sclavinnen) die Rede ist.

Eingehung der Ehe. B. (I p. 120 ff.) betrachtet mit Hruza die *ἐγγύησις* als den ehebegründenden Act (nicht als blosses Verlöbniss), den *γάμος* dagegen als Ehevollzug, domum deductio und copula carnalis. Auch ich halte diese Auffassung für eines der sichersten Ergebnisse von H.s Arbeiten; sie hat ihre feste Stütze vor Allem in dem Gesetzestext Ps. Demosth. g. Steph. II 18, 1134 v.: *ἣν ἂν ἐγγυήσῃ ἐπὶ δικαίοις δάμαρτα εἶναι*, in der Gleichstellung von *ἐγγυᾶν* und *ἐκδιδόναι*, und in der Gleichzeitigkeit von *ἐγγύησις* und Dosbestellung; Formeln wie die des Dotalregisters von Mykonos (Rec. I p. 48 ff.) *ἐνηγγύησε θυγατέρα καὶ προῖκα ἔδωκεν* oder die der Inschriften von Tenos (C. I. Gr. 2338 b) *ἐπέδωκεν ἐπὶ τῇ θυγατρί (προῖκα)* lassen sich nur erklären, wenn bei der *ἐγγύησις*, wie die Dos, so auch die Frau dem Mann rechtlich zugewiesen, gegeben wird; das ist aber mehr als blosses Verlöbniss. Die Frau ist Object der *ἐγγύησις*, vertragschliessende Parteien sind der Ehemann und der bisherige *κύριος* der Ehefrau. Die Bedenken, die gegen diese ganze Darstellung B. Kübler in dieser Zeitschrift XV, p. 395 mit Rücksicht auf Demosth. g. Aphob. II 15, 840 geltend macht, sind von Hruza

I p. 47 bereits zurückgewiesen mit der m. E. richtigen Argumentation: wenn Scheidungsfreiheit gilt, muss dem Ehegatten auch gestattet sein, eine erst begründete aber noch nicht consummirte Ehe aufzuheben. Ueber die *γαμηλία* — B. folgt auch hier Hruza — s. Kübler in dieser Zeitschrift XV, p. 399, dessen Ansicht mir jetzt durch das Reglement der Phratrie der Labyadai, publicirt von Homolle, Bull. de corr. hell. 1895 (s. p. 42) bestätigt zu werden scheint. — In der Lehre von den Ehehindernissen bekämpft B. Hruzas Lehre von der Geschwisterehe und kommt zu denselben Resultaten wie Kübler (a. a. O.).

B. (p. 214 ff.) folgt Hruza auch in der Annahme, dass der Ehemann kraft der *ἐγγύησις* nicht *κύριος* der Ehefrau werde (H. I p. 71: „nicht die Ehe, sondern besondere Gründe machen den Ehemann zum *κύριος* der Frau"). Die Ehe als solche begründe nur eine „Hausgewalt", ein „droit de direction générale", auf welche H. und B. die *ἀρχὴ γαμική* bei Aristot. Pol. I 3. 1 beziehen; *κύριος* der Ehefrau bleibe der bisherige *κύριος*; die Ehefrau unterstehe daher zwei Gewalten. Als Aeusserungen des droit de direction générale nennt B. (p. 226 ff.) folgende: Die Frau erhält den Rang des Mannes; er bestimmt das Domicil; Ehebruch der Frau ist strafbar; vielleicht (p. 228) besteht eine Alimentationspflicht. Man sieht, dass diese Hausgewalt ziemlich genau der rechtlichen Stellung der Ehegatten in der freien Ehe des römischen Rechts entspricht; dies könnte für Ursprung und Geschichte der freien Ehe wichtig sein. — M. E. ist es aber H. und B. in keiner Weise gelungen, die herrschende Lehre zu stürzen; die positiven Beweise H.s werden unten bei der Geschlechtsvormundschaft erledigt und zurückgewiesen werden; die Argumente gegen die herrschende Lehre (der Ehemann kraft der *ἐγγύησις κύριος* der Ehefrau) reduciren sich darauf, dass Fälle vorkommen, in denen ein Dritter dem Ehemann die Frau wegnimmt; aber in mehreren dieser Fälle wird das Einverständniss des Ehemanns erwähnt, in anderen vorausgesetzt, und der einzige Fall, in dem es anscheinend anders zugeht, der Fall des Leokrates (Demosth. g. Spud. 4, 1029), erklärt sich dadurch, dass hier mit der Lösung der Ehe zugleich die Lösung einer Adoption verbunden ist: Polyeukt hatte Leokrates adoptirt und ihm seine Tochter

zur Ehe gegeben; nachher nimmt er sie ihm weg (ἀφελόμενος) und gibt sie dem Spudias. Uebrigens hat schon B. Kübler in dieser Zeitschrift XV, p. 396 darauf hingewiesen, dass in diesem Fall nach Hruzas eigener Lehre Leokrates κύριος seiner Ehefrau war; überdies ist nicht mit hinlänglicher Deutlichkeit gesagt, dass die Wegnahme gegen den Willen des Leokrates geschieht; es heisst nur, er sei später unwillig geworden: μετὰ δὲ ταῦτα ἠγανάκτει ὁ Λεωκράτης.

Ausführlich ist die Lehre vom Ehebruch behandelt (p. 232 ff.), die eigentlich doch mehr dem Strafrecht angehört; wenn sich B. dabei darüber wundert, dass das griechische Recht dem Ehemann vorschreibt, die ehebrecherische Frau zu verstossen (p. 234, Demosth. g. Neair. 87, 1374), und dass ihm zwar die Tödtung des in flagranti ertappten Ehebrechers, nicht aber auch diejenige der Ehefrau gestattet ist (p. 241), so übersieht er, dass dieselben Bestimmungen auch im römischen Recht, in der lex Iulia de adulteriis, sich finden. Ueber die einschlägigen Bestimmungen dieses Gesetzes vgl. die Bemerkungen des Ref. in der Schweiz. Zeitschr. f. Strafrecht IX (1896) p. 21 ff.

Zu den bestbekannten Materien gehört heute das Dotalrecht; da die Materie von Mitteis und von den Herausgebern des Recueil im Anschluss an das Dotalregister von Mykonos behandelt worden ist und B. diesen Ausführungen zustimmt, kann ich mich auf zwei Punkte beschränken. Zunächst die Parapherna (B. 283 ff.): nach griechischem Recht steht die Dos im Eigenthum der Frau; der Unterschied zwischen Dos und Parapherna muss also ein anderer sein als im römischen Recht. Dos ist nur, was dem Mann ἐν προικὶ ἐντετιμημένον in die Ehe gegeben wird, also was ausdrücklich als Dos bezeichnet und geschätzt wird; nur hierauf bezieht sich die Verpflichtung des Ehemanns zur Herausgabe soluto matrimonio, vgl. etwa Demosth. g. Euerg. u. Mnesibul. 57 (1156) ὅτι αὐτῆς εἴη ἐν τῇ προικὶ τετιμημένα. Gibt es Paraphernalgut in dem Sinn, dass die Frau daran Eigenthum, eigene Verwaltung und Nutzung hat? Man konnte zunächst an Das denken, was die Frau ἀτίμητον einbringt; dies fällt aber dem Manne ganz zu und gilt als ihm geschenkt, die bei Dotalsachen bestehende Restitutionspflicht fällt weg; so ausdrücklich das Gesetz bei Isaios ü. d. Erbsch. d. Pyrrh. 35; dies erinnert etwas an die römische

praesumtio Muciana. Weiter lässt sich an die ἀνακαλυπτήρια, ἐπαύλια u. dgl. denken, Geschenke, die der Frau bei der Hochzeit, namentlich am Tage nach der Hochzeit (pretium pudicitiae!) gemacht werden; s. Meier-Schömann-Lipsius II p. 517 Anm. 104. 105. Hier sind Zweifel möglich: Lysias soll in einer Rede περὶ τῶν ἀνακαλυπτηρίων die Frage behandelt haben, ob die Ehefrau dürfe ἔχειν τὰ δοθέντα ἀνακαλυπτήρια; aber Isaios rühmt den Menekles (ü. d. Erbsch. d. Menekl. 9), dass er seiner Frau bei Aufhebung der Ehe nicht nur die Dos herausgegeben habe, sondern auch τὰ ἱμάτια ἃ ἦλθεν ἔχουσα παρ' ἐκεῖνον καὶ τὰ χρυσίδια, ἃ ἦν; es wird also auch hier keine Restitutionspflicht angenommen. So fehlt ein Anhalt für die Annahme eines neben der Dos stehenden Paraphernalgutes der Frau. — Sodann die Behandlung der Dos, wenn die Ehe durch Tod der Frau aufgehoben wird; die Dos ist dann an die Erben der Frau, d. h. an die Kinder herauszugeben; sind diese noch nicht volljährig, so behält der Vater vorläufig die Dos, muss aber den Ertrag für Erziehung und Unterhalt der Kinder benutzen; es kommt auch vor, dass grossjährige Kinder dem Vater die Verwaltung der Dos belassen (B. p. 316); besondere Bestimmungen hierüber im Recht von Gortyn, Bücheler und Zitelmann, Commentar 123. 129.

Dass in der Frage der Zulässigkeit der Ehescheidung beide Ehegatten verschieden behandelt werden, fällt nicht auf; der Ehegatte verstösst allem Anschein nach formlos die Frau (ἀπόπεμψις), während die Frau persönlich dem Archon eine Scheidungsschrift mit Angabe der Scheidungsgründe überreicht (ἀπόλειψις). Der Ehemann kann mit der Auflösung der Ehe die Wiederverheirathung seiner Frau verbinden (B. p. 390. 391). Besonders wichtig und interessant ist, dass unter Umständen auch ein Dritter eine bestehende Ehe auflösen kann; dies trifft dann zu, wenn eine verheirathete Frau nachträglich Erbtochter wird; dann kann der nächste Verwandte, der einen gesetzlichen Anspruch auf die Hand der Erbtochter hat, diesen auch der bereits Verheiratheten gegenüber geltend machen und Aufhebung der bestehenden Ehe verlangen; Isaios erklärt, dass dies häufig vorkomme (ü. d. Erbsch. d. Pyrrh. 64: πολλοὶ συνοικοῦντες ἤδη ἀφῄρηνται τὰς ἑαυτῶν γυναῖκας, vgl. ü. d. Erbsch. d. Arist. 19). Besondere, man darf wohl sagen:

würdigere Bestimmungen hierüber im Recht von Gortyn, wo darauf Rücksicht genommen wird, ob aus der bisherigen Ehe der Erbtochter Kinder vorhanden sind oder nicht, und wo eine Abfindung des Ansprechers vorgesehen ist; s. Bücheler und Zitelmann, Comm. p. 154 ff., Rec. III p. 473 ff.

Das Recht der Erbtochter, ἐπίκληρος, behandelt B. (p. 399—487) mit grosser Ausführlichkeit, Vorarbeiten fand er namentlich in der tüchtigen Zürcher Dissertation von E. Hafter (Erbtochter nach attischem Recht 1887) und bei Hruza I p. 90 ff. Einiges dürfte in dieser schwierigen Materie heute als gesichert gelten. Zunächst der Zusammenhang des Instituts mit der sog. Tochterbeauftragung des indischen Rechts. Nach indischem Recht kann der Vater, der keine Söhne hat, seine Tochter beauftragen, sich für ihn von einem Dritten einen Sohn zeugen zu lassen; der so Gezeugte gilt dann als Sohn des (mütterlichen) Grossvaters (Kohler, Zeitschrift für vergl. Rechtswissenschaft III p. 395 ff.). Nach attischem Recht hat, wenn Jemand nur eheliche Töchter ab intestato hinterlässt, der nächste Blutsverwandte (ἀγχιστεύς) das Recht, die Erbtochter zu heirathen und mit ihr einen Sohn zu zeugen; der also Gezeugte gilt als rechtmässiger Nachkomme und Erbe des Vaters der Erbtochter. Beide Institute, das indische und das attische, dienen demselben Zweck: es soll für einen männlichen Nachkommen gesorgt werden, sog. subsidiäre Sohneszeugung. Man darf weiter als sicher ansehen: dass der ἀγχιστεύς — abgesehen von dem Falle der armen Erbtochter, wenn diese θῆσσα ist, hierüber B. p. 479 ff. — nur berechtigt, nicht verpflichtet ist, die Erbtochter zu heirathen; dass zur Ehe hier keine ἐγγύησις nöthig, diese vielmehr durch den gerichtlichen Zuspruch, ἐπιδικασία, ersetzt wird; dass der Erbtochtersohn, θυγατριδοῦς, wenn er volljährig geworden ist, das Vermögen erhält, dagegen zur Alimentation seiner Mutter (σῖτον διδόναι) verpflichtet ist. Für die Verpflichtungen der Ehegatten gelten in der Erbtochterehe besondere Vorschriften; nach Plut. Sol. 20 soll der Ehemann mindestens dreimal im Monat das debitum coniugale erfüllen; nach derselben Stelle kann die Erbtochter bei Impotenz des Ehemannes ὑπὸ τῶν ἔγγιστα τοῦ ἀνδρὸς ὀπυΐεσθαι; Plutarch und seine Ausleger bezogen diese (solonische) Bestimmung auf einen Zeugungs-

helfer; in neuester Zeit hat aber Dareste (nouv. rev. hist. 1895) nachgewiesen, dass hier ὀπυίεσθαι, wie immer in der Inschrift von Gortyn, auf Eheeingehung zu beziehen sei; die Frau verlässt den impotenten Mann und schliesst mit dem Dritten eine neue Ehe.

Vieles bleibt aber noch unsicher. B. folgt in den Streitfragen überall Hruza und tritt Hafter entgegen, ohne neue Argumente beizubringen. Die Controversen beziehen sich namentlich auf folgende Punkte: Erforderniss des heirathsfähigen Alters bei der Erbtochter, Bestimmung des Erbtochtermannes bei Mehrheit der Prätendenten, rechtliche Stellung des Erbtochtersohns, Erforderniss einer Nachadoption u. A.

Aus der Lehre von der Zeugung in rechter Ehe und dem Beweis derselben hebe ich nur die eigenthümliche, nicht genügend aufgeklärte Normirung der Beweislast hervor; vgl. dazu B. p. 340 ff., Meier-Schömann-Lipsius II p. 529 ff.; Aristot. Pol. II 32 § 11 erklärt allgemein: περὶ τῶν τέκνων αἱ γυναῖκες πανταχοῦ διωρίζουσιν τἀληθές und beruft sich hierfür auf den Fall des Mantias, der aus Demosthenes' Reden g. Boiotos bekannt ist. Es handelt sich in diesen Processen um die rechtliche Stellung des Beklagten, der einer ehelichen Verbindung zwischen Mantias und Plangon entstammt; der Beklagte macht dem Vater gegenüber seine Kindesstellung geltend; dieser einigt sich mit Plangon dahin: er werde ihr den (Paternitäts-)Eid zuschieben, sie solle ihn aber nicht annehmen; die Verweigerung des Eides hätte zur Folge, dass er vom Beklagten nicht mehr könnte behelligt werden, Demosth. g. Boiot. II 12 (1012). Plangon hintergeht nun den Mantias, nimmt den Eid an — entgegen der Verabredung — und schwört: τοὺς παῖδας ἐξ αὐτοῦ γεγονέναι l. c. II 10 (1011). Damit ist für Mantias Alles aus, er muss Boiotos in seine Phratrie einführen καὶ λόγος οὐδεὶς ὑπελείπετο l. c. I 4 (995).

Es geht aber zu weit, wenn B. p. 340 hieraus schliesst: „si donc la mère affirme, que l'enfant est né des œuvres du mari, le désaveu formé par celui-ci ne peut pas réussir“; man darf doch nicht übersehen, dass die Parteien hier auf diesen Eid abgestellt haben und Mantias deswegen unterliegt, weil Plangon den Eid ausschwört, den er aus freien Stücken ihr zugeschoben hatte (l. c. I 4, 995: δίδωσι τὸν ὅρκον). Uebri-

gens macht B. selbst auf den Fall des Kallias in Andokides' Mysterienrede aufmerksam: hier schwört umgekehrt der Vater, dass das Kind nicht von ihm stamme; aber die Ehe war hier bereits geschieden, das Kind erst nach der Scheidung geboren. Es ist denkbar, dass für diesen Fall, wie in Gortyn, so auch in Athen besondere Bestimmungen galten. Das Recht von Gortyn scheint davon auszugehen, dass der Vater nicht verpflichtet werden kann, die nach der Scheidung geborenen Kinder aufznehmen, er ist nur berechtigt, zu verlangen, dass sie ihm angeboten werden; weigert er die Annahme (*δέχεσθαι*), so kann die Mutter nach ihrer Wahl die Kinder aussetzen oder aufziehen. Dabei wird auch von Eidesanerbieten gesprochen und entschieden, dass die Frau und ihre Verwandten *ὁρκιώτεροι*, eidlicher, sein sollen (als der Mann und seine Verwandten), aber die Frau scheint hier nicht (als Klägerin) zu beschwören, dass der Ehemann der Vater sei, sondern (als Beklagte), dass sie die Kinder in gehöriger Weise dem Ehemann angeboten und daher mit Recht ausgesetzt habe, vgl. Bücheler und Zitelmann, Comm. p. 109 ff., Rec. III p. 460. — Auf die Aehnlichkeit der Gortynischen Bestimmungen mit dem SC. Plancianum hat bereits Zitelmann a. a. O. aufmerksam gemacht.

Die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder (*νόθοι*) gehört immer noch zu den dunkleren Gebieten des griechischen Rechts. Sicher ist eigentlich nur, dass das uneheliche Kind (seit dem Archontat des Eukleides) dem Erzeuger gegenüber gar kein Intestaterbrecht hat; dass dieser das Kind im Testament nicht zum Erben einsetzen, dagegen ihm Vermächtnisse (sog. *νοθεῖα*) bis zu einem gesetzlich fixirten Maximalbetrag (1000, nach Anderen 500 Drachmen) zuwenden kann. Fraglich ist die Möglichkeit der Legitimation; B. (p. 525 ff.) entscheidet mit Recht, dass ein zur Bejahung der Frage berechtigender Beweis nicht erbracht sei. Bestritten ist weiter das Bürgerrecht des unehelichen Kindes auch für den Fall, indem Mutter und Erzeuger Bürger sind; B. I p. 505 ff. spricht diesem sog. *νόθος* ex cive Attica das Bürgerrecht zu unter Berufung auf Aristot. Pol. Athen. 42, der für das Bürgerrecht — in Uebereinstimmung mit Plut. Perikl. 37 — überall nur fordert, dass die Bewerber *ἐξ ἀμφοτέρων γεγονότες ἀστῶν* seien, nicht aber, dass die Verbindung eine eheliche gewesen

sei. — Für unerwiesen halte ich dagegen B.s (p. 500 ff.) Annahme, dass der aussereheliche Erzeuger dem Kinde gegenüber zur Alimentation verpflichtet sei; er schliesst dies daraus, dass „l'enfant peut établir judiciairement sa filiation vis à vis de lui“ (501). Aber eine solche Vaterschaftsklage ist nicht nachgewiesen, auch nicht durch den oben citirten Satz des Aristoteles *περὶ τῶν τέκνων αἱ γυναῖκες πανταχοῦ διωρίζουσιν τἀληθές*, auf den sich B. (p. 525) auch hier beruft. Vielmehr spricht gegen die Annahme einer solchen Vaterschaftsklage — die übrigens auch sonst schlecht zu der Zurücksetzung auf erbrechtlichem Gebiet passt — die Ordnung der Materie in Gortyn. Dort werden die unverheiratheten niederkommenden Frauen deutlich in zwei Classen getrennt: solche, die in einer Ehe (s. über diese oben S. 159), und solche, die ausserehelich concipirt haben; für letztere „findet eine Untersuchung der Vaterschaft nicht statt, sie sind rechtlich sine patre“, Bücheler und Zitelmann, Comm. 114.

II.

Die griechische Adoption unterscheidet sich von der römischen wesentlich dadurch, dass sie väterliche Gewalt des Adoptirenden nur dann begründet, wenn der Adoptirte noch nicht volljährig ist, sonst begründet sie nur ein Kindesverhältniss, namentlich Kindeserbrecht; der Adoptirte wird in das Haus des Adoptivvaters „hineingemacht“ *εἰσποιεῖται* und aus dem bisherigen Haus „hinausgemacht“ *ἐκποιεῖται*. — Dies zeigt sich auch in der Form des Adoptionsgeschäfts; während die römische Adoption ihrer ganzen Anlage nach Gewaltbegründungsact ist, ist die griechische nichts Anderes als — ganz modern gesagt — eine Aenderung der Civilstandsregister; der Adoptirte wird in das Geschlecht des Adoptivvaters (Phratrie) eingeführt und in ihre Liste eingetragen; ein entsprechender Eintrag wird nachher in dem Bürgerbuch (*ληξιαρχικὸν γραμματεῖον*) gemacht. B. II p. 18 glaubt freilich, es handle sich hier um „un acte de nature purement administrative“, die Rechtsbeständigkeit der Adoption sei von der Beobachtung der erwähnten Formalitäten so wenig abhängig, wie die Kindesstellung des filius in iustis nuptiis procreatus. Diese Gleich-

stellung ist aber von vornherein unzulässig; bei dem in der Ehe erzeugten Sohn ist die Zugehörigkeit zum Vater durch die Thatsache der ehelichen Zeugung bereits gegeben, bei der Adoption muss sie ja erst begründet werden; es ist daher sehr wohl denkbar, dass den Einträgen in die Register hier (Zeugung in Ehe) declarative, dort (Adoption) constitutive Bedeutung zukommt.

Neben der adoptio inter vivos steht die durch Schulins Abhandlung über das griechische Testament hinlänglich bekannt gewordene adoptio per testamentum. B. (p. 24 ff.) nimmt überdies, mit der herrschenden Lehre, noch eine dritte Form der Adoption an, die er mit Dareste u. A. „adoption posthume" nennt. Diese soll darin bestehen, dass Demjenigen, der ohne Testament und ohne männliche Descendenz verstirbt, der nächste Verwandte als Erbe und Adoptivsohn in sein Haus hineinadoptirt wird. Schulin p. 22 hat diese Adoption ein „ungeheuerliches Rechtsinstitut" genannt. Die Polemik B.s gegen Schulin ist, soweit sie Demosthenes' Rede gegen Leochares betrifft, insofern verfehlt, als Schulin gar nicht sagt, Leokrates sei zu Lebzeiten des Archiades adoptirt worden, er sagt nur, Leokrates behaupte es. Diese Rede des Demosthenes beweist die Existenz der adoption posthume nicht; aber die Rede gegen Makartatos (11, 1053) lässt sich kaum anders erklären; hier wird, wie Schulin selbst zugibt, der jüngere Eubulides seinem mütterlichen Grossvater nach dessen Tod von seinem Vater zum *εἰσποιητός* gemacht, obwohl der Grossvater zu seinen Lebzeiten eine Adoption zwar beabsichtigt, aber nicht vollzogen hatte. Die Adoption erfolgt, damit das Haus nicht verwaist werde, *ἵνα μὴ ἐξερημωθῇ ὁ οἶκος.*

Eigenthümlich ist die Bestimmung, dass der Adoptivsohn das Verhältniss einseitig wieder lösen, in das Haus des natürlichen Vaters zurückkehren und seine frühere Rechtsstellung wiedererlangen kann, wenn er im Haus des Adoptivvaters einen ehelichen Sohn (*γνήσιος υἱός*) hinterlässt. B. (p. 60) glaubt, dass diese Rückkehr in die natürliche Familie in der Form einer neuen Adoption erfolge; das ist unwahrscheinlich, es heisst immer nur: *ἐπανελθεῖν κατὰ τοὺς νόμους* (vgl. z. B. Isai. ü. d. Erbsch. d. Astyph. 33); die Ausdrücke *ἐκ-*, oder *εἰσποιεῖσθαι* werden nicht verwendet.

Sonst mag noch erwähnt sein die eigenthümliche Art von Pupillarsubstitution, kraft deren der Vater, der einen Sohn hinterlässt, für den Fall des Absterbens desselben vor Erreichung der Volljährigkeit, im Testament einen Erben und Adoptivsohn ernennen kann. Ps. Demosth. g. Steph. 24 (1136); sodann der Satz, dass, wer selbst durch Adoption in eine Familie gelangt ist, nicht seinerseits wieder adoptiren kann (B. p. 34; 61).

Die väterliche Gewalt erscheint, mit der römischen patria potestas verglichen, wesentlich beschränkt. Zunächst rücksichtlich ihres Inhaltes, da wesentliche Befugnisse dem Vater schon durch die Gesetzgebung des Solon entzogen sind; sodann rücksichtlich ihrer Dauer: die väterliche Gewalt endet mit der Volljährigkeit des Kindes. B. p. 78 ff. bringt dies in Zusammenhang damit, dass die Römer der älteren Zeit Bauern seien und das ländliche Leben den Zusammenschluss der Familienglieder erfordere; die Griechen seien dagegen Handelsleute, deren Beschäftigung eine leichtere und freiere Organisation der Familie, eine grössere Beweglichkeit ihrer Glieder wünschbar erscheinen lasse. Das ist wohl zutreffend; wenn aber B. (p. 79) als weiteren Factor die Gleichberechtigung von Hausvater und Hauskind in öffentlich-rechtlichem Gebiet erwähnt, so übersieht er gänzlich, dass diese im römischen Recht bei aller Schroffheit der väterlichen Gewalt hat bestehen können. — Die väterliche Gewalt endet, sobald das Kind volljährig wird; dies ist nicht schon mit Erreichung der Pubertät der Fall, sondern erst zwei Jahre später: *ἐπὶ δίετες ἡβήσας*; dieser Zeitpunkt entspricht, wie wir jetzt aus Aristot. Athen. pol. 42 wissen, dem zurückgelegten achtzehnten Lebensjahre (*ὀκτωκαίδεκα ἔτη γεγονώς*). Insofern ist es auch incorrect, wenn man die griechische Altersvormundschaft als eine tutela impuberum bezeichnet. Wenn auch in Athen bei der Prüfung der Volljährigkeit körperliche Untersuchung und Feststellung der Reife erfolgt und es nach dem Zeugniss des Aristophanes, Wesp. 578, den Examinatoren Freude macht *παιδῶν δοκιμαζομένων αἰδοῖα θεᾶσθαι*, so darf man, wie B. (p. 116) andeutet, daran um so weniger Anstoss nehmen, als auch in Rom noch in der späten Kaiserzeit Aehnliches vorgekommen sein muss, bis Justinian Cod. V, 60, 3 die indecora in marium pubertate examinanda observatio, die indagatio corporis inhonesta verbot.

Die väterliche Gewalt kann aufgehoben werden durch die ἀποκήρυξις; in Gortyn heisst die Verstossungshandlung ἀπείπασθαι (so auch Herod. I 59). Dass die ἀποκήρυξις öffentlich erfolgt, sagt ihr Name; dass sie irgendwie controllirt und der Nachweis einer iusta causa gefordert wurde, wird jetzt mit Recht ziemlich allgemein angenommen. Plato (Ges. XI 928) fordert Zustimmung eines Familienrathes; über die Bestimmungen des syr.-röm. Rechtsbuchs und des Rechts von Gortyn vgl. Mitteis p. 212 ff. und Zitelmann, Commentar 164. 165. Für das attische Recht lässt sich nur feststellen, dass die Apokeryxis selten war und Streichung in der Liste der Phratrie zur Folge hatte, Demosth. g. Boiot. I 39 (1006); dies macht wahrscheinlich, dass der Vater seinen Willen vor der Phratrie erklären und deren Zustimmung einholen musste. B. p. 135 gewährt dem Verstossenen das Recht, die Entscheidung des Vaters vor Gericht anzufechten. — Uebrigens setzt die ἀποκήρυξις nicht väterliche Gewalt voraus; sie kann auch dem volljährigen Kind gegenüber vorgenommen werden; sie entzieht diesem das Kindeserbrecht. Insofern ist es nicht correct, sie unter dem Titel: „Aufhebung der väterlichen Gewalt" zu behandeln.

Zu den bestbekannten Materien gehört heute die Altersvormundschaft des attischen Rechts; B. fand hier in der Zürcher Dissertation von O. Schulthess (1886) eine vortreffliche Vorarbeit. In die Augen springend ist hier die — von Anfang an — stark hervortretende Mitwirkung und Controlle der Obrigkeit. Die Sorge für die Waisen spielt in der Gesetzgebung eine hervorragende Rolle. Besondere Waisenbeamte lassen sich zwar für Athen nicht nachweisen, finden sich aber in anderen griechischen Städten, s. Schulthess a. a. O. p. 7 ff. — Freilich stehen auch in Athen neben der tutela dativa eine tutela testamentaria und eine tutela legitima, aber es scheint doch auch für diese beiden letzteren (s. B. p. 180—185) obrigkeitliche Confirmation und Installation gefordert zu werden. Leider ist der hierher gehörende Passus in Aristot. Pol. Athen. c. 56 verstümmelt. Aristoteles spricht, bei den Obliegenheiten des Archon, zunächst von ἐπιτρόπων καταστάσεις (tutela dativa? vgl. Plato, Ges. IX, 924[b]); sodann von ἐπιτροπῆς διαδικασία, womit nur der Fall gemeint sein kann, wo mehrere

Bewerber um die Vormundschaft streiten (man erinnere sich an Theophilus' Erklärung des lege agere pro tutela!), schliesslich spricht er von *ἐπίτροπον αὐτὸν ἐγγράψαι*, was nun wohl auf eine allgemeine Meldepflicht des Vormunds und eine Confirmation des Magistrats zu beziehen ist. B. verweist mit Recht auf die Rede von Isaios ü. d. Erbsch. d. Philokt. 36, wo von den testamentarischen Vormündern gesagt wird: *ἐπιγράψαντες σφᾶς αὐτοὺς ἐπιτρόπους.* — Schulthess, Vormundschaft p. 67 nimmt an, dass immer, wenn mehrere Kinder unter Vormundschaft kamen, der älteste Sohn, sobald er majorenn wurde, Vormund seiner noch minorennen Geschwister wurde; er beruft sich hierfür auf Lys. g. Diog. (XXXII) 9. Dagegen macht B. p. 164 geltend, dass das Vorgehen des Diogeiton vom Redner getadelt wird; wichtiger ist aber, dass der testamentarische Vormund Diogeiton die Vormundschaft an den volljährig gewordenen Mündel abgibt, so dass unter keinen Umständen geschlossen werden darf, dass der Bruder ipso iure Vormund seines Bruders werde.

Ein Mündel hat regelmässig mehrere Vormünder. Interessant ist der Vorschlag des Plato: wenn durch Testament nichts verfügt ist, sollen die *νομοφύλακες* dem Kinde fünf Vormünder geben, zwei aus den Verwandten väterlicherseits, zwei aus den Verwandten mütterlicherseits und einen aus dem Kreis der Freunde des Verstorbenen (Plat. Ges. IX 924[b]).

Für die Administration des Vormunds ist von besonderer Bedeutung die sog. *μίσθωσις οἴκου*; B. p. 238 ff. definirt sie mit Recht als location en bloc du patrimoine pupillaire. Der Vormund muss nicht selbst verwalten; er kann, unter Einreichung eines Inventars (*ἀπογραφή*), Verpachtung des Mündelvermögens bei dem Archon beantragen (*μισθοῦν κελεύειν*); dieser nimmt in öffentlichem Termin die Verpachtung vor (*μισθοῖ τὸν οἶκον*). Die Solvenz des sich meldenden Pächters wird genau geprüft, er muss überdies Grundstücke zu Hypothek (*ἀποτίμημα*) verpfänden (s. auch Schulthess a. a. O. p. 139 ff. und mein griech. Pfandrecht p. 38. Dem testamentarischen Vormund kann die Verpachtung durch Testament sowohl anbefohlen als auch verboten werden. Der Vormund kann auch selbst als Pächter auftreten; ein Interesse hieran

kann er dann haben, wenn er aus dem Mündelvermögen mehr zu ziehen hofft, als er als Pachtzins zahlt, B. p. 245.

Eine ständige obrigkeitliche Controlle durante tutela kennt das griechische Recht nicht, im Besonderen fehlt für die Annahme einer Verpflichtung zu periodischer Rechnungslegung jeder Anhalt in den Quellen. Dagegen dienen dem Schutz des Mündels mehrere Klagen: die *δίκη ἐπιτροπῆς*, eine reine Civilklage, entspricht der actio tutelae des römischen Rechts; daneben werden zwei öffentliche, Jedermann (*τῷ βουλομένῳ*) zustehende Schriftklagen (*γραφαί*) erwähnt: *εἰσαγγελία κακώσεως ὀρφανοῦ* und *φάσις οἴκου ὀρφανικοῦ κακώσεως*; so nennt Aristoteles die beiden Klagen, letztere ist wohl identisch mit der bei Pollux erwähnten *φάσις μισθώσεως οἴκου* und bezieht sich auf Schädigung des Vermögens des Mündels, wie solche etwa in Unterlassung gebotener oder Veranlassung ungebotener Verpachtung liegen kann. Erstere, die Eisangelie, dürfte sich auf Angriffe gegen die Person des Mündels beziehen; Verurtheilung mit dieser hat Absetzung des Vormunds zur Folge. B. p. 290 nimmt an, dass diese Klage auch gegen einen Dritten, der den Mündel angriff, zulässig war; aber dann dürfte man sie kaum mehr als action de tutelle bezeichnen; man käme zudem in Conflict mit dem Wortlaut bei Aristoteles 56: *αὗται δ'εἰσὶ κατὰ τῶν ἐπιτρόπων.* Ob diese *εἰσαγγελία κακώσεως* irgendwie auf die römische accusatio suspecti tutoris eingewirkt hat, wird sich kaum entscheiden lassen.

An die Altersvormundschaft wird die Geschlechtsvormundschaft (p. 325—402) angeschlossen. Man kann sich fragen, ob das systematisch richtig sei; für das römische Recht gewiss; aber auch für das griechische? Das griechische Recht nennt den Vormund der Frau nicht *ἐπίτροπος* und wenn die obrigkeitliche Sorge für die Waisen eine sehr grosse Rolle spielt, so ist von einer solchen Sorge für die Personen weiblichen Geschlechts, abgesehen von Erbtöchtern und schwangeren Wittwen (hierüber Ps. Demosth. g. Makart. 75, 1076), nirgends die Rede. Der Vormund der Frau wird *κύριος* genannt, ein Ausdruck, der auch für die väterliche Gewalt und die eheherrliche Gewalt gebraucht wird. Dazu kommt ein Weiteres: man nimmt an — vgl. z. B. E. Hafter, Erbtochter p. 31 —, dass sich Geschlechtsvormundschaft und Altersvormundschaft

derart unterscheiden, dass die Frau — wie im römischen Recht — bis zu einem gewissen Alter in Altersvormundschaft steht und dann in die (leichtere) Geschlechtsvormundschaft geräth, aber es gelingt nicht, dieses Alter zu bestimmen, man schliesst nur aus Isaios, ü. d. Erbsch. d. Philokt. 13 ff., dass es weniger als dreissig Jahre sein müssen (B. p. 328 ff.); die Quellen reden nirgends deutlich von einer solchen Veränderung. Schliesslich ist die Rechtsstellung des *κύριος* dadurch ausgezeichnet, dass er die Frau kraft seiner Vormundschaft und ohne ihren Willen einem Andern in die Ehe geben kann (B. p. 327). Sieht dies Alles nicht so aus, wie wenn der *κύριος* sich wesentlich von dem *ἐπίτροπος* unterscheidet und tritt hier nicht der Gedanke des Schutzes und das Interesse des Mündels zurück hinter dem Gedanken der Gewalt und dem Interesse des Vormunds?

M. E. ist es verfehlt, die römisch-rechtliche principielle (wenigstens ursprünglich) Gleichstellung von tutela impuberum und tutela mulierum auf das griechische Recht zu übertragen. Es sollte vielmehr untersucht werden, ob es nicht einen einheitlichen *κύριος*-Begriff gibt.

B. (p. 330 ff.) nimmt nun freilich an, dass sich inhaltlich AV. und GV. wenig unterscheiden. Aber dies ist nicht zutreffend. Differenzen zeigen sich zunächst bei der Bestellung des *κύριος*; hier tritt die obrigkeitliche Datio ganz zurück oder ist überhaupt nicht nachweisbar. Hruza (I p. 64 ff.), dem B. (p. 346) auch hier folgt, beruft sich für die gegentheilige Annahme auf Ps. Demosth. g. Steph. II 18, 1134, speciell auf die Worte: *ἐὰν δὲ μὴ ᾖ, ὅτῳ ἂν ἐπιτρέψῃ, τοῦτον κύριον εἶναι*; er bezieht diese Worte auf eine Bestellung durch den Archon, aber von diesem ist in der ganzen Stelle nicht die Rede, und überdies wird *ἐπιτρέπειν* m. W. nie von der obrigkeitlichen, sondern immer nur von der testamentarischen Bestellung gebraucht; s. auch Schulthess, Vorm. p. 58. Die Art der Mitwirkung des Vormunds bei Rechtsgeschäften ist bei AV. und GV. verschieden; s. hierüber die Bemerkungen in meinem griech. Pfandrecht p. 31, denen B. p. 212. 370 zustimmt. Von einer *μίσθωσις οἴκου* ist bei der GV. nirgends die Rede. Die bei der AV. erscheinenden Vormundschaftsklagen fehlen bei der GV.; allerdings wird an einer Stelle, Isaios ü. d. Erbsch.

des Pyrrh. 46, eine *εἰσαγγελία κακώσεως* erwähnt, aber dort handelt es sich um den besonderen Fall einer Erbtochter.

Dass der Ehemann kraft der *ἐγγύησις* der *κύριος* seiner Ehefrau wird, ist schon oben (gegen Hruza u. B.) festgestellt worden; ebenso ist mit der herrschenden Lehre anzunehmen, dass die Wittwe, die im Hause des Mannes zurückbleibt, zum *κύριος* ihren Sohn erhält, sofern dieser volljährig ist. Ich mache dabei auf die, soweit ich sehe, für die Controverse noch nicht verwerthete Notiz des Gaius I 193 aufmerksam: apud peregrinos non similiter ut apud nos in tutela sunt feminae; sed tamen plerumque quasi in tutela sunt: ut ecce lex Bithynorum, si quid mulier contrahat, maritum auctorem esse iubet aut filium eius puberem.

Die Darstellung der Sclaverei beschliesst den zweiten Band. Einige der einschlägigen Materien: Selbstdedition, Formen der Freilassung (Hierodulismus!), Patronatsrecht, Parallelen zum SC. Claudianum, sind im Anschluss an die delphischen Freilassungsurkunden und das Recht von Gortyn schon von Mitteis (p. 356 ff.) besprochen worden; ich verweise auf seine lichtvolle Darstellung. Ich beschränke mich darauf, einige andere Punkte zur Erörterung zu bringen. Zunächst: welchen Stand erhält das Kind, wenn die Eltern verschiedenen Ständen angehören? Nach Gaius I 82 existirt bekanntlich eine regula iuris gentium, dass das Kind dem Stand der Mutter zur Zeit der Geburt folgt. Damit stimmt die Bemerkung des Dio Chrysostomus XV p. 235 Mor., dass Kinder aus Geschlechtsverbindungen von Bürgerinnen und Sclaven — zwar nicht Bürger, aber doch — frei sind; dagegen lässt Plato, Ges. XI p. 930[d] die Kinder der ärgeren Hand folgen. Wenn B. (p. 406 ff.) trotzdem, allerdings zögernd, den bedenklichen Satz aufstellt, dass die Kinder die melior condicio erhalten, und sich dafür auf Aristot. Politic. III, 3, 5 p. 1278[a] beruft, so übersieht er, dass bei einer solchen Interpretation aus dieser Stelle auch der weitere Schluss gezogen werden könnte, dass Kinder aus dem Geschlechtsverkehr zweier Unfreien frei werden. Allerhöchstens kann man aus einer Gegenüberstellung von Dio und Aristoteles den Schluss ziehen, dass ganz ausnahmsweise, wahrscheinlich dann, wenn der freie Vater die Unfreiheit der Mutter nicht kennt, das Kind einer Sclavin frei geboren wird,

während das Kind einer Freien immer, auch wenn sie die Unfreiheit des Vaters gekannt hat, frei wird (Dio Chrys. l. c.: *τινὲς μὲν ἀγνοοῦσαι τοῦτο, τινὲς δὲ καὶ ἐπιστάμεναι*); man vergleiche dazu das bei Gaius I 85 erwähnte, von Vespasian aufgehobene Gesetz.

Dass der Sclave sacralrechtsfähig ist und Zutritt zu religiösen Genossenschaften hat, trifft auch für das griechische Recht zu (B. p. 424). Dass Tödtung eines Sclaven wie Tödtung eines Freien bestraft werde, hat man aus Antiph. v. Ermordg. d. Herod. 48 (*ἡ ψῆφος ἴσον δύναται τῷ δοῦλον ἀποκτείναντι καὶ τῷ ἐλεύθερον*) schliessen wollen. Dies wäre wichtig für die Beurtheilung der Frage, ob die lex Cornelia de sicariis auf die Tödtung von Sclaven Anwendung finde (vgl. Brunnenmeister, Tödtungsverbrechen p. 225), namentlich da ohnehin — von Leist, graeco-ital. Rechtsgesch. p. 311 — ein Zusammenhang des Gesetzes mit griechischem Recht behauptet worden ist. Aber diese Deutung der citirten Antiphonstelle war schon früher angefochten (Meier-Schömann-Lipsius p. 379); ihre Unrichtigkeit wird jetzt durch Aristot. Athen. Pol. 57, 3 bewiesen. Nach dieser Stelle wird die Tödtung eines Sclaven allerdings bestraft, aber von einer anderen Behörde und mit einer anderen Strafe, als diejenige eines Freien. Vgl. dazu jetzt auch Gilbert, Entwickelungsgesch. des griech. Ger.-Verf., Jahrb. f. class. Philol. 1896, Suppl. XXIII p. 517.

Die vermögensrechtliche Stellung des Sclaven ist seit der Auffindung der Rede des Hypereides gegen Athenogenes (1891) in helleres Licht getreten; die Rede ist z. B. publicirt in den Wiener Studien XVI (1894) p. 168 ff. Der Fall ist kurz folgender: Athenogenes ist Eigenthümer eines Parfümeriegeschäfts und lässt dieses durch seinen Sclaven Midas und dessen Söhne betreiben; er verkauft dann dem Sprecher das Geschäft mit allem Zubehör (Waarenvorrath, Sclaven etc.), einschliesslich der auf dem Geschäft lastenden Schulden. Die Höhe der letzteren wird in arglistiger Absicht vom Verkäufer nicht angegeben, es werden zwar einige Gläubiger (Lieferanten) benannt, die übrigen aber, gleichsam als quantité negligeable, mit einem allgemein gehaltenen Zusatz bezeichnet und dem Käufer überbunden, *ἐν προσθήκης μέρει ὡς οὐδὲν ὄντα*. Nachher melden sich Gläubiger in grosser Zahl und der Käufer merkt, dass er

hintergangen ist, er will nun den Kaufvertrag anfechten. Ueber den Kauf selbst s. u. p. 186; hier kommt nun die Stellung des Sclaven in Betracht. Midas scheint als Sclave durchaus selbstständig zu hantiren; die Geschäftsschulden, die er eingeht, werden als seine Schulden bezeichnet: *καὶ εἴ τι ἄλλο ὀφείλει Μίδας* (V 2). Im Verlauf des Plaidoyers citirt Hypereides das folgende, bisher unbekannte Gesetz, das er auf den *δημοτικώτατος Σόλων* zurückführt und das von Allen als ein gerechtes Gesetz anerkannt sei (IV 10 ff.): *τὰς ζη[μίας, ἃς ἂν] ἐργάσωνται οἱ οἰκέται, καὶ τὰ ἀ[ναλώμ]ατα διαλύειν τὸν δεσπότην, παρ' ᾧ [ἂν ἐργάσ]ωνται οἱ οἰκέται.* Also: Haftung des Herrn für die vom Sclaven contrahirten Schulden. Beauchet (p. 454 ff.) liest statt *ἀ[ναλώμ]ατα* (Auslagen) mit einigen Herausgebern *ἁ[μαρτήμ]ατα* (Vergehen) und bezieht das Gesetz nur auf Delictsschulden. Die Lesung *ἀ[ναλώμ]ατα* rechtfertigt sich dadurch, dass im Folgenden nicht von Vergehen, sondern von Verträgen (*συνθῆκαι*) gesprochen wird und später (XII 18) das Wort *ἀνάλωμα* wiederkehrt. Die Gerechtigkeit des Gesetzes besteht nach Hypereides darin, dass dem Eigenthümer auch der Profit zufalle, den die Sclaven durch gute Geschäftsführung erzielen; bekanntlich sagt Ulpian (Dig. XIV, 3, 1) genau dasselbe zur Rechtfertigung der actio institoria. B. p. 457 ist geneigt, hier Beeinflussung des römischen Rechts durch das griechische anzunehmen; denkbar ist ein solcher Einfluss gewiss.

Auch von einem anderen, minder wichtigen Punkt des Sclavenrechts gilt dasselbe: für die Lehre vom Freikauf (Fall des suis nummis redemtus). In Demosthenes' Rede gegen Neaira (29, 1354 ff.) kauft sich die letztere, eine Sclavin, in folgender Weise frei: sie unterhandelt mit ihren Herren über den Kaufpreis; er wird auf 20 Minen festgesetzt; diesen Betrag übergiebt sie einem Dritten, der das Geld den Herren einhändigt, damit sie frei sei (*καταθεῖναι αὐτῆς, ὥστε ἐλευθέραν εἶναι*). Charakteristisch ist hier die nothwendige Mitwirkung eines Dritten; wahrscheinlich hatte dieser nach Abschluss des Vertrages mit dem Herrn noch eine Freilassungshandlung vorzunehmen; so erklärt sich wohl die Inschrift aus Mantinea Ross inscr. ined. I p. 4 n. 9: *ἠλευθέρωσαν — δούλην δοῦσαν τὴν ὑπὲρ ἑαυτῆς τιμὴν*; die Sclavin hatte dem Frei-

lasser Geld gegeben, damit er sie loskaufe, d. h. kaufe und freilasse. Denkt man sich den Vorgang so, so wird es wahrscheinlich, dass die unsere Materie im römischen Recht regelnde und gewiss als Neuerung anzusehende constitutio divorum fratrum (Ulp. Dig. XL, 1, 4; V, 1, 67; Marcian. Dig. XL, 1, 5) an griechische Vorbilder sich anlehnt. Auch hier ist der Dritte, der mit dem Geld des Sclaven diesen seinem Herrn abkauft, zur Freilassung verpflichtet (Marcian. XL, 1, 5; Ulp. Dig. V, 1, 67). Dass der Dritte nur als Mittelsmann, nicht als eigentlicher Käufer angesehen wird, geht aus den für seine Thätigkeit verwendeten farblosen Ausdrücken comparare, emtioni nomen suum accommodare (Ulp. XL, 1, 4, 1) und aus der Entscheidung hervor, dass: suis nummis redemtus — exinde liber erit, ex quo redemtus est, quia constitutio non liberum pronuntiari praecipit sed restitui ei libertatem iubet (Ulp. Dig. V, 1, 67).

In der Lehre vom Freiheitsprocess ist B. (p. 513 ff.) die Abhandlung von R. Maschke, Der Freiheitsprocess im classischen Alterthum (1888) p. 70—112 entgangen. Die Materie ist im Anschluss an die Bestimmungen des Rechts von Gortyn mehrmals behandelt worden, s. etwa Rec. III p. 444 ff. Bekanntlich kennt auch das attische Recht den assertor und den Satz: vindiciae secundum libertatem. Für das römische Recht ist neuerdings die Natur der proclamatio in libertatem zweifelhaft geworden; kennt das griechische Recht eine solche? B. (p. 524) nimmt mit den Verfassern des Recueil 445 an, dass sie sich aus den Quellen nicht nachweisen lasse. Maschke p. 82 will aus Dio XV p. 450 R. schliessen, dass der Sclave, der keinen „privaten“ assertor in libertatem fand, seine Ansprüche beim Gericht anmeldete und hierauf von Staatswegen „einen Officialvertheidiger, eine Art von Staatsanwalt“ erhielt. Das wäre also ähnlich wie die proclamatio in libertatem im Sinne Wlassaks. Aber Maschkes Behauptung ist in keiner Weise begründet. Dio sagt nur, dass Sclaven vor Gericht gekommen und dort ihre Freiheit nachgewiesen hätten; nichts hindert, dies auf eine gewöhnliche vindicatio in libertatem zu beziehen, bei der ein assertor von Anfang an mitwirkt.

In einem Anhang, betitelt „du servage et de la clientèle“ (p. 526 ff.), glaubt B. ein Analogon zu den römischen Clienten

in den attischen ἑκτήμοροι gefunden zu haben; er denkt sich (p. 538) diese als „tenanciers malgré eux, rattachés au γένος de l'Eupatride par un lien de dépendance héréditaire, incapables de devenir propriétaires, et exposés à retomber en esclavage, si la redevance n'est pas payée"; dabei nimmt er an, dass sie nur $^1/_6$ des Ernteertrags abliefern und beruft sich hiefür auf Plut. Sol. 13. Dabei scheint B. die neuere, im Anschluss an Aristot. Pol. Athen. erschienene Litteratur nicht bekannt zu sein. Freilich ist auch durch Auffindung von Aristoteles' Schrift das Räthsel nicht gelöst, er sagt nur, dass der Name ἑκτήμορος (Sechstler) von dem Pachtzins hergenommen sei (ἑκτήμοροι — κατὰ ταύτην γὰρ τὴν μίσθωσιν ἠργάζοντο 2, 2). Das Richtige scheint mir Gilbert, Staatsalterthümer I 2. Aufl. p. 129 Anm. 1 zu treffen, der sich das Verhältniss als Theilbau denkt und den Pächter $^5/_6$ des Ertrages abliefern lässt; hätten sie $^1/_6$ abgeliefert (und $^5/_6$ behalten), so könnte ihre Lage nicht so verzweifelt gewesen sein, wie sie es nach allen Berichten gewesen ist. Von anderen Ansichten hebe ich nur diejenige von Beloch, griech. Gesch. I p. 218 hervor: Er denkt sich die ἑκτήμοροι nicht als Pächter, sondern als Feldarbeiter, die man zur Einbringung der Ernte in Dienst nahm und die die sechste Garbe erhielten (man erinnere sich an den römischen politor und Ulp. Dig. XVII, 2, 52, 2!). Aber dieser Erklärung steht gegenüber, dass der ἑκτήμορος nach Aristoteles μίσθωσιν ἀποδίδοται und dafür ἀγροὺς ἐργάζεται, was doch mehr für Bodenpacht (loc. cond. rei) und Zahlung eines Pachtzinses, als auf Werkvertrag und Empfang eines Arbeitslohnes hinweist.

III.

Im dritten Buch werden Sachenrecht und Erbrecht behandelt.

B. beginnt mit der Eintheilung der Sachen. — Eine Eintheilung in bewegliche und unbewegliche Sachen kennt das griechische Recht als technische nicht; erst Lexikographen und Grammatiker unterscheiden οὐσία ἔγγειος und ἔπιπλα [κτήματα] = [οὐσία] ὅση δυνατὴ πλωΐζεσθαι oder πλεῦσαι. Die Redner der classischen Zeit kennen zwar das Wort ἔπιπλα, benutzen es aber nicht für bewegliche Sachen schlechthin, sondern nur für lebloses Mobiliar (σκεύη); vgl. auch Pap. Aeg. (Berl. Mus.)

N. 86: *οἰκοπέδων παντοίων καὶ ἐπιπλόων σκευῶν καὶ ἐντομενίας πάσης.* — Technische Bedeutung scheint dagegen den häufig verwendeten Ausdrücken *οὐσία φανερά — ἀφανής* zuzukommen; Isaios ü. d. Erbsch. d. Kir. 35 unterscheidet bei einem Vermögen *οὐσία φανερά* Acker (*ἀγρός*), Häuser, Sclaven, Mobiliar (*ἔπιπλα*), und *οὐσία ἀφανής* = ausstehende Capitalien (Darlehnsforderungen); ähnlich Demosth. g. Nausim. u. Xenopeith. 7 (986), Isokr. Trapezit. 7. 13; anderwärts wird aber auch baares Geld zur *οὐσία ἀφανής* gerechnet, so wird bei Isai. ü. d. Erbsch. d. Philokt. 30 die Versilberung eines hauptsächlich in Grundstücken bestehenden Vermögens als Umwandlung desselben von *φανερά* in *ἀφανής οὐσία* angesehen. Die Bezeichnung *ἀφανὴς οὐσία* erklärt sich wohl dadurch, dass dieses Vermögen leicht unsichtbar gemacht, d. h. verborgen, abgeleugnet und den Blicken Dritter (Steuerbehörden!) entzogen werden kann; dies scheint auch die Ansicht von B. zu sein (p. 16 v.: grâce à la facilité avec laquelle on peut les dissimuler).

B. (III p. 28 ff.) nimmt an, dass das griechische Recht die Unterscheidung von res privata populi und res publica publico usui destinata nicht kenne; das ist doch wohl zu viel gesagt Angesichts der Thatsache, dass der usus publicus anerkannt und geschützt wird. Hier hätte B. die Bestimmungen über öffentliche Wege und öffentliche Wasserläufe erwähnen sollen, über die an minder passendem Ort (unter dem Titel: analyse et caractères généraux de la propriété p. 49 ff.) Einiges gesagt ist. Oeffentliche Wege werden mehrmals als Grenzlinien von Privatgrundstücken erwähnt, so im Kaufregister von Tenos, in der Tafel von Herakleia; an letzterem Orte wird dem Pächter der Schutz der öffentlichen Strasse besonders zur Pflicht gemacht, er darf keine Vorrichtungen treffen, die den Verkehr erschweren (§ 9, Rec. II p. 207). In Athen darf Niemand öffentlichen Grund zu seiner Benutzung heranziehen *κατοικοδομεῖν τὸ δημόσιον* Xenoph. Resp. Ath. III 4; Gebäudetheile, die auf die öffentliche Strasse vorspringen, werden von Hippias und Iphikrates für den Staat eingezogen und verkauft (Arist. Oecon. II, 5 p. 1347 a 4, Polyaen. Strateg. III, 9, 30). — Oeffentliche Wasserläufe und Wasserleitungen werden mehrmals erwähnt; interessant ist namentlich die im Rec. I p. 142 ff.

publicirte Inschrift, ein Vertrag der Stadt Eretria mit einem Unternehmer über Austrocknung eines Sumpfes und Ableitung des Wassers und eine Inschrift von Gortyn, die die Herausgeber des Recueil (III p. 402) so übersetzen: si quelqu'un place une prise d'eau au milieu du courant du fleuve pour faire couler l'eau sur son propre fonds (Feldberieselung), il n'encourra pas d'amende de ce fait. On devra laisser dans le fleuve tout le volume d'eau que mesure le pont, qui est à la hauteur de l'agora ou davantage, mais pas moins. — Wer vom Staat (durch Kauf oder Schenkung) eine Sache erworben hat, soll gegen jede Klage gesichert sein, also auch gegen die Vindication des Eigenthümers, wenn der Staat Nichteigenthümer war; mit Recht vergleicht B. p. 33 damit die Constitution des Zeno Cod. VII, 37, 2. — Res sacrae geniessen einen besonderen Schutz, sind aber nicht etwa extra commercium; sie können durch die Tempelverwaltung auch veräussert und verpfändet werden.

Die Geschichte des Eigenthums ist von B. nur kurz, im Anschluss an Fustel de Coulanges und Guiraud (propriété foncière en Grèce 1893), behandelt; er nimmt an, dass dem Privateigenthum eine lange Zeit des Familieneigenthums vorausgegangen sei, dieses bezeichnet er als: strictement héréditaire et inaliénable. Hier wäre ein Eingehen auf die neuere Litteratur, z. B. auf die Ausführungen Pöhlmanns, am Platze gewesen, wenn sich B. nicht damit begnügen wollte festzustellen, dass in classischer Zeit das Privateigenthum anerkannt sei. — In der Lehre vom Inhalt des Eigenthums verdienen die ziemlich zahlreich nachgewiesenen (B. p. 158 ff.) Legalservituten Erwähnung; sehr ausführliche Bestimmungen über Nachbarrecht enthalten Platos Gesetze, s. darüber jetzt namentlich R. Dareste, science du droit en Grèce 1893 p. 70 ff.

Den Satz superficies cedit solo scheint das griechische Recht nicht zu kennen; in einem Kaufvertrag wird bestimmt, dass der Verkäufer das ganze Grundstück verkaufe und keine Bäume oder Reben sich vorbehalte (B. III p. 55); Guiraud p. 267 nimmt auch Möglichkeit der Trennung von Boden und Gebäude an, er beruft sich auf eine Stelle des Kaufregisters von Tenos, wo *τὸ μετέωρον οἴκημα* gekauft wird; der Ausdruck *μετέωρος* ist aber nicht genügend aufgeklärt, er findet sich jetzt auch in den ägyptischen Papyrus-Urkunden des

Berliner Museums n. 136[2]: *πατέρα μετέορα πολλὰ καταλελοιπέναι.*

Der Satz: traditionibus et usucapionibus non nudis pactis rerum dominia transferuntur, gilt für das griechische Recht nicht. Allem Anscheine nach kann Eigenthum auch durch blossen Vertrag übertragen werden; dafür spricht — was B. übersieht — die frühzeitige Anerkennung der Hypothek, nicht dagegen die Bemerkung Theophrasts, dass nach den meisten Gesetzgebungen der Verkäufer Eigenthümer der Sache (*κύριος, τοῦ κτήματος*) bleibt *ἕως ἂν κομίσηται*; diese Worte beziehen sich, wie B. mit der herrschenden Lehre annimmt, nicht auf die Tradition der Sache, sondern auf Bezahlung des Kaufpreises. Die Ersitzung erwähnt nur Plato, Ges. XII p. 954[c] ff., auch er lässt sie nur für bewegliche Sachen zu; die Ersitzungszeit ist nach ihm für einzelne Fälle eine verschiedene: sie ist um so kürzer, je offenkundiger der Besitz des Usucapienten, je leichter also die Auffindung (*ζητεῖν*) für den Eigenthümer war; so wird unterschieden: Benutzung (*χρῆσθαι*) der Sache in der Stadt auf dem Markt (1 Jahr), in der Stadt im Hause (3 Jahre), auf dem Land in sichtbarer Weise (5 Jahre), auf dem Land im Verborgenen (10 Jahre). Der Grundgedanke ist also derselbe wie bei Gaius II 44: sufficit domino tempus ad inquirendam rem suam. Diese platonischen Bestimmungen sind, wie B. mit der herrschenden Lehre mit Recht annimmt, so detaillirt, dass sie nicht dem positiven Recht angehören können; es bleibt aber m. E. doch dahingestellt, ob nicht die Grundidee: Ausschluss der Ersitzung bei Immobilien, Zulässigkeit bei Mobilien — von Plato dem positiven Recht entnommen ist. Schatzfindung begründet kein Eigenthum; es gilt der Grundsatz *ἃ μὴ ἔθου, μὴ ἀνέλῃ.*

Die Nachrichten über Eigenthumserwerb durch Occupation sind sehr dürftig (Jagd, Fischerei); übersehen ist bei B. der Fruchterwerb; hier wäre auch darauf aufmerksam zu machen, dass der Eigenthumserwerb des Pächters sich nicht immer auf die Früchte beschränkt; so werden im Pachtvertrage von Heraklea (§ 6) dem Pächter auch die Bäume, die durch ihr Alter oder den Wind gebrochen werden, zu Eigenthum überwiesen. — B. behandelt unter dem Gesichtspunkt des Eigenthumserwerbs auch die Schenkung (p. 122 ff.); er entscheidet sich gegen die

Annahme einer revocatio propter ingratitudinem, trotz Pollux' *δίκη ἀχαριστίας*, und betrachtet Schenkungen unter Ehegatten als unzulässig. Letzteres lässt sich nicht nachweisen, wird aber allerdings nahegelegt durch die Bestimmung des gortynischen Rechts, dass Ehegatten sich als *κόμιστρα* (?) Schenkungen in einem zwölf Stateren nicht übersteigenden Betrag machen dürfen. Auch die donatio propter nuptias lässt sich nur in Gortyn nachweisen; wenn dabei B. (p. 135) römische und gortynische donatio propter nuptias in der Weise gegenüberstellt, dass die erstere Scheidungsstrafe, die letztere Wittwenversorgung sei, so übersieht er, dass auch im römischen Recht der Zweck der Wittwenversorgung im Vordergrund steht.

Servituten — abgesehen von den von B. hier behandelten sog. Legalservituten — lassen sich nicht nachweisen.

Ein breiter Raum ist dem Pfandrecht eingeräumt (p. 176—308); ich habe die Materie monographisch behandelt (1895); B. acceptirt in allen wesentlichen Punkten die von mir aufgestellten Sätze mit ihren Begründungen; ich kann hier um so eher darauf verzichten sie zu wiederholen, als in dieser Zeitschrift XVI, p. 344—350 B. Kübler eingehend referirt hat; ich beschränke mich darauf, die Punkte zu fixiren, auf die ich das Hauptgewicht lege: die *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* Erscheinungsform des Realcredits, aber nicht identisch mit der römischen fiducia; die Hypothek ursprünglich auf einzelne Fälle beschränkt; das Vertragspfand ursprünglich Verfallpfand, nicht Verkaufspfand; Sonderstellung des Pfändungspfandes; Legalhypothek nicht nachgewiesen. — Bezüglich der Punkte, in denen B. abweicht, nur zwei Bemerkungen: gegenüber den Ausführungen B.s (p. 242 ff.) über das Verkaufsrecht des Gläubigers bei *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* und ein dem Schuldner gegenüber dem Käufer zustehendes ius retroemendi in re halte ich meine Darstellung (griech. Pfandrecht p. 75 ff.) aufrecht; ich kann namentlich nicht einsehen, dass der Schuldner, wenn er die Sache einem Dritten verkauft hat, sie vom Gläubiger einlösen kann en offrant le prix de la nouvelle vente au créancier (p. 246); der Gläubiger muss sich eine Kürzung gefallen lassen, wenn es dem Schuldner einfällt, billiger einem Dritten zu verkaufen? Mit Unrecht erklärt B. (p. 291), ich hätte ein Wahlrecht des Gläubigers (Eigenthumserwerb oder Verkaufsrecht) für das

Pfändungspfand behauptet; es handelt sich lediglich um eine deutlich mit Fragezeichen versehene Vermuthung.

Die Emphyteuse (III p. 309 ff.) wird im Sachenrecht behandelt und von der Pacht getrennt; das Wort *ἐμφύτευσις*, *ἐμφυτεύειν* findet sich in den griechischen Quellen nicht; dagegen kommen *διδόναι φυτεύειν*, *ἐποικίσαι* vor (Gortyn, Gambreion, Thespiai); immerhin sind die Fälle, in denen dem Pächter ausdrücklich die Cultivirung von Oedland zur Pflicht gemacht ist, selten. Häufiger werden Gemeinde- oder Tempelgüter schlechthin auf lange Zeit verpachtet und dabei dem Pächter eine Rechtsstellung eingeräumt, die über das bei gewöhnlicher Pacht Uebliche hinausgeht und allerdings an die römische Emphyteuse und den ager vectigalis erinnert.

So wird im Vertrag von Thespiai (s. über diesen das von B. nicht erwähnte Hallenser Programm 1891/92 von Dittenberger und mein griech. Pfandrecht p. 25) dem Pächter Verpfändung und testamentarische Vergabung an einen Fremden (*ξένος*) verboten — also doch wohl die an einen Einheimischen erlaubt. In C. I. A. 1059[b] (Supplementband 1895, von B. übersehen) verpachtet der Demos von Prasiai *εἰς τὸ[ν ἅπα]ντα χρόνον . . αὐτῷ καὶ ἐκγό[νοις ἕ]ως ἂν ἀποδιδῶσι τὴν μίσθωσιν*, vgl. Gai. III 145: in perpetuum .. praedia municipum .. ea lege locantur ut, quamdiu [id] vectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur; vgl. Paul. Dig. VI, 3, 1, 1. In Mylasa (Bull. de corr. hell. V p. 109 = Rec. II p. 246) wird dem Erbpächter gestattet, zu denselben Bedingungen (wie er selbst gepachtet hat) zu veräussern (*παραχωρεῖν*); in Gortyn (Rec. III p. 402) wird ihm Verpfändung und Verkauf verboten, dagegen dem Gläubiger Pfändung gestattet, der Pfändende muss aber auf Rechnung des Schuldners (Pächters) den Pachtzins entrichten. Ein Klagerecht gegen Dritte wegen Beschädigung des Pachtobjects wird in der Tafel von Herakleia Rec. II p. 204 § 8 vorgesehen; der Pächter behält die Busse, die der Dritte zahlen muss. In Thespiai C. I. Graec. Sept. I 1739—1742 wird vom Verpächter *ἐμβιβάζειν*, vom Pächter *ἐμβαίνειν* gesagt; mit letzteren dürfte Ulpians *ἐμφυτευτικόν* vel *ἐμβατευτικόν* (Dig. XXVII 9, 3, 4) zusammenhängen. Freilich findet sich anderwärts (Olymos) *ἔμβασις* umgekehrt vom Verpächter: da, wo ein Grundstück

verkauft und vom Verkäufer sofort wieder in Erbpacht genommen wird (Rec. II p. 272 und dazu besonders Judeich, athen. Mittheilg. XIV p. 367 ff.).

Der Abschnitt über Publicität der Eigenthumsveränderungen (B. p. 319 ff.) enthält hauptsächlich eine Besprechung des Theophrast-Fragments, das bereits F. Hofmann in seinen Beiträgen zur Geschichte des griech. u. röm. Rechts p. 71 ff. behandelt hat. Es bezeugt für verschiedene griechische Staaten das Vorkommen von Grund- und Hypothekenbüchern; ebenso andere öffentliche Formen der Eigenthumsübertragung. Für Athen lässt sich ein Grundbuch nicht nachweisen; dagegen behauptet Theophrast die Nothwendigkeit anderer Formalitäten für den Fall der kaufweisen Veräusserung: Ankündigung bei der Behörde, 60 Tage Wartefrist (innerhalb dieser sollen sich Einsprecher melden), Erlegung einer Kaufgebühr von 1% (*ἑκατοστή*) durch den Käufer. Die Richtigkeit dieser Angabe wird von P. Vogt, Wiener Studien XVI p. 212 mit Recht deswegen bezweifelt, weil in der Rede des Hypereides gegen Athenogenes solche Formalitäten nicht erwähnt sind; die Annahme der sechzigtägigen Wartefrist ist mit den Ausführungen des Redners über die rasche Abwickelung des Kaufgeschäfts schlechtweg unvereinbar. Für die Publicität der Hypotheken (B. III p. 345 ff.) kommen besonders die namentlich in Attika üblichen Hypothekensteine (*ὅροι*) in Betracht; sie dienen Beweiszwecken; „die Existenz eines Horos ist für Entstehen und Weiterbestehen eines Pfandrechts weder genügend, noch nothwendig" (Pfandr. p. 70). Zusammenstellung der Horoi: Rec. I p. 108 ff.; Nachträge in meinem griech. Pfandrecht p. 67 ff. und Rec. III p. 502 ff.; s. jetzt auch Corp. Inscr. Att. IV, 2 (Suppl. 1895) 1114[b—d], 1123[b], 1130[b], 1141[b], 1150[b], 1151[b]; ausserdem *Ἐφ. ἀρχαιολογ.* 1894 p. 202. Mit dem räthselhaften „Schuldpfahl des Ariers" („Schuldner an einer Säule befestigt, bis er sich auslöst u. s. w.") haben diese attischen Horoi gar nichts zu schaffen, noch viel weniger enthalten sie eine „glänzende Bestätigung" für Jherings Hypothesen; dieser hat sich vielmehr (Vorgesch. d. Indoeurop. p. 78 ff., besonders Anmerkung 81) durch Kaibels Uebersetzung von Aristoteles' Ath. Pol. (*ὅρος* wird dort mit Zinspfahl übersetzt) irreführen lassen.

Das Intestaterbrecht bildet zweifellos das schwierigste Capitel des attischen Rechts. Schon Aristoteles beklagt sich über die Undeutlichkeit der Erbrechtsgesetze (*νόμοι περὶ κλήρων*), die viele Processe hervorrufe; wir sind heute fast ausschliesslich auf die Reden eines geriebenen Anwalts (Isaios) angewiesen, da die Inschriftenfunde — abgesehen von dem für das attische Recht mit Vorsicht zu benutzenden Recht von Gortyn — für das Erbrecht so gut wie nichts ergeben haben. So harrt eine Reihe von alten Controversen immer noch der Lösung, die erst möglich wird, wenn neue Quellen eröffnet sind.

Grundlage und Ausgangspunkt jeder Erörterung muss das in Demosthenes' Rede gegen Makartatos (51, 1067) eingelegte, heute von den Meisten als echt anerkannte Erbschaftsgesetz sein. Durch dasselbe wird erwiesen: 1. dass das gesetzliche Erbfolgesystem ein Parentelensystem ist, nach welchem successive berufen werden: die Parentelen des Erblassers, seines Vaters, seines Grossvaters; 2. dass dabei innerhalb einer Parentel ein Vorzug des männlichen Geschlechts insofern besteht, als Halbparentelen gebildet werden, so dass der Sohn vor der Tochter, der Bruder (von Vatersseite) vor der Schwester (von Vatersseite), der Vatersbruder vor der Vatersschwester — jede Person jeweilen mit ihrer Descendenz — zum Zuge kommt. 3. Dass, wenn solche Verwandten von Vatersseite nicht vorhanden sind, die Verwandten von der Mutterseite (*οἱ πρὸς μητρὸς τοῦ ἀνδρός*) nach denselben Grundsätzen (*κατὰ ταὐτά*) berufen werden. 4. Dass mit den bisher erwähnten Personen der Kreis der *ἀγχιστεῖς* (Nächstberechtigten) abgeschlossen ist, und in Ermangelung solcher die entfernteren Verwandten väterlicher Seite berufen werden. Zweifelhaft bleibt dagegen namentlich: Erbrecht der urgrossväterlichen Parentel? Erbrecht der Ascendenten? (erbt ausser und neben den Geschwistern in der väterlichen Parentel auch der Vater selbst?) Vorzugsrecht des ältesten Sohnes? B. erklärt sich in allen drei Fragen für Verneinung (p. 450 ff., 473 ff., 537 ff.) und stellt sich damit auf den Boden der herrschenden Lehre. Besonders bestritten ist die Ausdehnung des Repräsentationsrechts: B. gibt es in der ersten Classe in infinitum (p. 456 ff.), für die zweite Classe hält er eine solche Ausdehnung für zweifelhaft (p. 506 ff.), in der dritten lässt er sie wieder zu (p. 536 ff.), weil sie für die zweite gelte(!).

Besser sind wir über die testamentarische Erbfolge unterrichtet. Im Allgemeinen kann hier auf Schulins bekannte Arbeit (Das griech. Testament vergl. m. d. röm. Basel 1882) verwiesen werden, deren Ausführungen sich B. (p. 656 ff.) in den wesentlichen Punkten anschliesst. Ich kann mich auf die Erörterung von zwei Punkten beschränken. Für die Auffassung des Testamentes ist von wesentlicher Bedeutung die rechtliche Stellung, die dem Testator nach Errichtung des Testaments diesem gegenüber eingeräumt wird. Gans I p. 393 u. A. (vgl. B. p. 668—672) sprechen dem Testator das Revocationsrecht ab; sie legen dem Testament Vertragscharakter bei und fordern für die Aufhebung die Mitwirkung der eingesetzten Erben. Dafür berufen sie sich auf die Reden des Isaios über die Erbschaften des Kleonymos (I) und des Philoktemon (VI). Im ersten Falle handelte es sich allerdings um Rückziehung eines deponirten Testaments und eine Mitwirkung eingesetzter Erben (nicht aller), aber es ist nicht festgestellt, sondern im Process gerade bestritten, wozu der Erblasser zurückziehen wollte, ob er widerrufen oder nur Nachträge machen wollte. Complicirter ist der Fall des Euktemon: dieser hat ein Testament gemacht und mit seinen Schwiegersöhnen Phanostratos und Chaireas bei Pythodoros deponirt (27); nach zwei Jahren — Chaireas ist unterdessen gestorben — will er das Testament zurückziehen (29); er erscheint mit Phanostratos bei Pythodoros; dieser will aber nur herausgeben, wenn auch die Tochter des Chaireas, vertreten durch einen Vormund, zugegen sei (32). B. p. 671 erklärt dies mit Schulin p. 9 daraus, dass das Testament zugleich Vergleichsurkunde gewesen sei. Wichtiger scheint mir, dass gar nicht festgestellt ist, ob die Schwiegersöhne im Testament eingesetzt waren (und deswegen bei der Revocation zugegen sein mussten). Man wird aus der Rede m. E. höchstens den Satz erschliessen können, dass der auf Herausgabe der Testamentsurkunde belangte Depositar die Zuziehung derselben Personen verlangen konnte, die bei der Deposition zugegen waren; damit salvirt er sich selbst.

Schulin (p. 16) erklärt, dass ein Testator, der bei Auswahl des Erben die Rücksichten gegen seine nächsten συγγενεῖς ausser Acht liess, „sich der Gefahr aussetzte, dass seine Verwandten nach seinem Tode μανίαν αὐτοῦ κατηγόρουν und

dass sein Testament in Folge dessen als von einem Verrückten errichtet umgeworfen wurde". Gestützt auf diese Bemerkung ist neuerdings ein Zusammenhang dieser *κατηγορία μανίας* und des color insaniae des römischen Notherbrechts vermuthet worden, so z. B. von Sohm, Instit.[6] p. 446, Czyhlarz, Instit.[2] p. 310, Baron, Pand.[9] p. 730; Schulin selbst hat einen solchen Zusammenhang nicht behauptet. M. E. haben die Neueren aus Schulins Satz, Schulin aus den griechischen Quellen zuviel entnehmen wollen. Von einer *κατηγορία μανίας* als einer besonderen Klage ist, soweit ich sehe, nirgends die Rede. Die Worte finden sich nur in Isaios' Rede ü. d. Erbsch. d. Kleonymos, wie denn überhaupt nur diese Rede (I) ernstlich in Betracht kommt. Kleonymos hatte in seinem Testamente Schwestersöhne, seine nächsten Verwandten (4: *γένει ἐγγυτάτω προσήκοντες*) übergangen und entfernter stehende Verwandte (Zahl? Grad?) eingesetzt. Der Redner vertritt die Schwestersöhne, er behauptet (besonders deutlich: 21): **1.** es liege kein Testament vor, der Testator habe das früher errichtete Testament zurückgezogen und widerrufen (s. o.); **2.** eventuell: das Testament sei als ungiltig (*ἄκυρος*) zu erklären, da der Testator es *παραφρονῶν* errichtet habe. Das Schwergewicht ruht auf der principalen Behauptung (besonders 42), die zweite wird mehr nur zur Unterstützung der ersten verwendet (er habe widerrufen, weil er das Unpassende seines Vorgehens nachträglich erkannt habe). Seinen eigenen Antrag bezeichnet Isaios nirgends als *κατηγορία μανίας*; umgekehrt: er sagt, dass die Argumentation der Gegner (das Testament sei nicht widerrufen) den Vorwurf der Verrücktheit, des Wahnsinns des Testators involvire: *τοῦ δὲ τοσαύτην μανίαν κατηγοροῦσιν, ὥστε φασὶν αὐτὸν περὶ πλείονος ποιεῖσθαι τοὺς αὐτῷ διαφερομένους ἢ τοὺς οἰκείως χρωμένους* (34). Weiter wird von Isaios die Behauptung, dass der Testator *παραφρονῶν* (21) das Testament gemacht habe, nicht lediglich auf die Thatsache der Uebergehung, sondern auch darauf gestützt, dass er im Zorn (über einen Dritten, den damaligen Vormund der Kläger) *ὀργιζόμενος, μετ' ὀργῆς* u. s. w. (4. 10. 11. 13) testirt habe. Schliesslich — und dies ist wohl die Hauptsache — lag in Athen für den Anfechtungskläger die Behauptung der *μανία* des Testators deswegen immer sehr nahe, weil das Gesetz

ausdrücklich dem im Wahnsinn (*μανιῶν*) errichteten Testament die Gültigkeit absprach. Der Wortlaut bei Ps. Demosth. g. Stephan. II 14 (1133) wird jetzt durch Hyper. g. Athenog. VIII 4 bestätigt; vgl. Is. ü. d. Erbsch. d. Menekl. 20. Ich möchte annehmen, dass diese Gesetzesbestimmung das letzte Mittel war, mit dem es geriebene Anwälte bei Anfechtungsklagen, die sonst wenig Aussicht auf Erfolg hatten, versuchten. Für Fälle von Uebergehung der Descendenten brauchte das attische Recht gar keinen color insaniae, da bei Vorhandensein von solchen überhaupt kein Testament errichtet werden kann (Demosth. l. c.: *ἂν μὴ παῖδες ὦσι γνήσιοι ἄρρενες*).

Dass das attische Recht einen heres necessarius gekannt habe, bestreitet B. (p. 587 ff.) mit Dareste. Da ein Ausschlagungsrecht des Bruders nachgewiesen ist (Demosth. g. Lakr. 4, 922), wird die Frage überhaupt nur für die Descendenten aufgeworfen; diesen versagt die herrschende Lehre (Schulin p. 17, Bücheler und Zitelmann, Comm. p. 144. 145, Meier-Schömann-Lipsius II p. 573 Anm. 252) ein Ausschlagungsrecht; sie stützt sich dabei auf das oft betonte Princip des Erbrechts, dafür zu sorgen, dass ein Haus nicht verwaist werde (*ὅπως οἶκος μὴ ἐξερημωθῇ*), und auf den genügend bezeugten Satz, dass eine Schuld des Vaters an den Staat und die an die Nichtbezahlung geknüpfte Atimie nothwendig auf den Sohn übergeht. Gegen diese Begründung kommen B.s Gegengründe nicht auf; das Gesetz von Gortyn, das ein Ausschlagungsrecht des Sohnes kennt, kann nicht massgebend sein, weil es auch sonst auf dem Gebiet des Erbrechts sich erheblich vom attischen unterscheidet; noch viel weniger beweist Demosth. g. Nausim. u. Xenopeith. 7 (986); die von B. (p. 590) citirten Worte (*φασὶ γὰρ οὐκ ἀποδόσθαι τὰ πατρῷα ὧν ἐκομίζοντο χρημάτων οὐδ' ἀποστῆναι τῶν ὄντων*) beziehen sich nicht auf Ausschlagung einer Erbschaft, sondern auf Verhandlungen von Mündeln mit ihrem Vormund. B. geht — wahrscheinlich von Lipsius l. c. verleitet — von der irrigen Annahme aus, *ἀφίστασθαι*, das sich allerdings für Ausschlagung einer Erbschaft findet, bedeute nur diese; das ist aber unrichtig, das Wort findet sich ebenso auf anderen Gebieten in der Bedeutung aufgeben, fahren lassen, s. Demosth. g. Pantain. 10 (969), Isai. ü. d. Erbsch. d. Menekl. 28.

Im Uebrigen kann die Lehre vom Erwerb der Erbschaft als ziemlich abgeklärt bezeichnet werden. Es ist zu unterscheiden zwischen den natürlichen Descendenten und den zu Lebzeiten adoptirten einerseits, und allen übrigen — gesetzlichen und testamentarischen — Erben andererseits. Erstere nehmen nach dem Tode des Erblassers die Erbschaft (κλῆρος) unmittelbar und eigenmächtig durch blosses „Hineinsteigen", ἐμβάτευσις, in Besitz; gerichtliche Mitwirkung ist nicht nothwendig, die Erbschaft ist unstreitig (ἀνεπίδικος). Letztere dagegen müssen sich in den Nachlass erst einweisen lassen, sie haben einen bezüglichen Antrag bei dem Archon zu stellen (λῆξιν λαγχάνειν); die Erbschaft ist streitig (ἐπίδικος); es kommt zu einem gerichtlichen Verfahren (ἐπιδικασία); der eingereichte Antrag wird öffentlich bekannt gegeben und andere Prätendenten (testamentarische oder gesetzliche Erben) zur Geltendmachung ihrer Ansprüche aufgefordert. Dem „Zuspruch" des Archonten spricht B. (p. 616 ff.) mit Hruza (I p. 100 ff.) nur declarative, nicht constitutive Wirkung zu, das Gesetz gebe die Erbschaft; ich halte diese Auffassung auch für zutreffend, bezweifle aber, dass die Differenz zwischen dieser Ansicht und der herrschenden so gross ist, wie sie H. und B. annehmen. Für Vergleiche mit der römischen bonorum possessio (s. z. B. Leist, graec.-ital. Rechtsgesch. p. 81 ff., Sohm, Instit.[6] p. 410)[1]) ist Vorsicht geboten; jedenfalls ist aber dieser Vergleich immer noch zutreffender als der von B. (III p. 620) vorgeschlagene zwischen λῆξις und cretio.

Wenig untersucht ist die rechtliche Stellung des Erben nach Erwerb der Erbschaft (B. p. 631 ff.). Man nimmt allgemein an, dass nach attischem Recht der Erbe auch in die Schulden succedire und auch mit seinem eigenen Vermögen für diese hafte. Ersteres ergibt sich aus den bei Meier-Schömann-Lipsius II p. 598 Anm. 307 citirten Stellen, besonders aus Demosthenes' Rede gegen Lakritos: hier ist ausdrücklich gesagt (4, 924), dass es kein Gesetz gebe, das dem Erben gestatte, die Activen zu übernehmen, ohne die Passiven zu be-

---

[1]) Ich bemerke nebenbei, dass hier eine Verwechselung vorliegt; das Rechtsmittel des Erben gegen den Dritten, der ihn an der Embateusis hindert, ist nicht die ἐξαγωγή, sondern die δίκη ἐξούλης; ἐξαγωγή ist umgekehrt die Besitzstörungshandlung des Dritten.

richtigen. Dass das eigene Vermögen des Erben mithafte, ergibt sich aus Isai. ü. d. Erbsch. d. Arist. (X) 17: wer eine *ὑπόχρεως οὐσία* (überschuldetes Vermögen) erbt, riskirt, *τὰ ὑπάρχοντα*, das vorhandene (eigene) hinzuzuverlieren. Bestätigt wird dies Alles durch die — von B. nicht citirten — Bestimmungen des gortynischen Rechts, Bücheler und Zitelmann, Comm. p. 147, Rec. III p. 477: dem Erben wird hier ein Wahlrecht gegeben: übernimmt er die Erbschaft, so muss er die Schulden zahlen; schlägt er sie aus, so wird sie den Gläubigern überwiesen und diese können, auch wenn sie durch den Nachlass nicht gedeckt sind, nicht mehr auf den Erben greifen: dieser soll keinen Schaden haben (*μηδεμίαν ἄταν ἦμεν*); man kann daraus den Schluss ziehen, dass er im ersten Fall (Annahme) zu Schaden kommen kann und von seinem eigenen Vermögen einbüsst. Ist das Alles richtig, so wäre, was B. nicht ausdrücklich sagt und was meines Wissens noch nirgends betont ist, dem griechischen Recht bereits das Princip der Universalsuccession bekannt, ein Factor, der bei der Schätzung des Werthes dieses „inferioren“ Rechts gewiss nicht ignorirt werden darf.

IV.

Der vierte Band enthält eine Darstellung des Obligationenrechts; vorausgeschickt ist ein allgemeiner Theil (p. 1—104). Technische Bezeichnungen für „Forderungsrecht“, „Gläubiger“, „Schuldner“ gibt B. nicht; die allgemeinsten Bezeichnungen *χρέος* (nicht nur die Schuld, sondern auch die Forderung s. Demosth. g. Nausim. u. Xenopeith. 7, 986) und *χρήστης* (für Gläubiger und Schuldner verwendet, s. Meier-Schömann-Lipsius II p. 683) scheinen allerdings für das Darlehn reservirt zu werden. — B. geht aus von der Bemerkung des Aristoteles (Eth. Nikom. V 2 (5) 13 p. 1131[a]), der die *συναλλάγματα* in *ἑκούσια* und *ἀκούσια* eintheilt und zu den ersteren z. B. Kauf, Darlehn, Miethe, zu den letzteren Diebstahl, Gewaltthaten, Verbal-Injurie rechnet; bei ersteren sei: *ἡ ἀρχὴ τῶν συναλλαγμάτων ἑκούσιος.* B. erkennt hierin eine Eintheilung in Contracts- und Delictsobligationen; dies geht wohl zu weit, *συνάλλαγμα* ist nicht = obligatio. Aber es ist doch auffallend, dass die Delicte als *συναλλάγματα* gedacht

und bezeichnet werden; das erinnert an die modernen Theorien, die die Haftung aus Delicten als eine quasicontractliche auffassen (Binding, Normen I² p. 462). Der Standpunkt des griechischen Rechts scheint aber nicht der des Philosophen zu sein; es spricht vielmehr m. E. umgekehrt Einiges dafür, dass die contractliche Haftung aus der delictischen herausgewachsen ist, d. h. dass die Nichterfüllung des Vertrags ursprünglich als Delict angesehen wurde. Von dem nicht zahlenden Schuldner werden Ausdrücke gebraucht, die der Delictssphäre angehören, z. B. er beraube den Gläubiger, *ἀποστερεῖ τὰ χρήματα* (Demosth. g. Pantain. 42, 938 und besonders bei Depositum, Meier-Schömann-Lipsius II p. 701); die allgemeinste Contractsklage ist die Klage *συνθηκῶν παραβάσεως* (Uebertretung des Vertrages); die *δίκη βλάβης*, die sonst im Allgemeinen der actio legis Aquiliae entspricht, wird subsidiär bei contractlichem Verschulden angewendet. Hierher möchte ich auch die von Plutarch (quaest. Graec. 53) überlieferte Sitte rechnen, nach der in Knossos (Kreta) die Darlehnsschuldner den Gläubigern das Geld „raubten" (*παρὰ Κνωσσίοις ἔθος ἦν ἁρπάζειν τοῖς δανειζομένοις τὸ ἀργύριον*), damit sie, wenn sie nicht zahlten, *ἔνοχοι τοῖς βιαίοις* seien, wegen Gewaltthat hafteten; also: eine vis ex conventu soll dem Gläubiger eine besonders günstige Position verschaffen: die wahre Obligation ist die obligatio ex delicto. Vielleicht haben sich auch im griechischen Recht (spätere) Contractsobligationen „durch den Gesichtspunkt des Delicts hindurcharbeiten müssen", so dass Jherings bekannte Ausführungen (Schuldmoment, bes. p. 36) neue Bestätigung erhielten. Ich beschränke mich auf diese Andeutung, genauere Erforschung von Geschichte und Anwendungsgebiet der einzelnen, besonders der oben erwähnten Generalklagen kann hier wohl mehr Licht schaffen.

Längere Untersuchungen sind der Vertragslehre im Allgemeinen (p. 28—44) gewidmet; viel kommt dabei, wegen der Dürftigkeit des Materials, nicht heraus. B. schliesst aus Hypereides' Rede g. Athenogenes mit Recht, dass das attische Recht ein allgemeines Rechtsmittel zur Repression des Dolus nicht gekannt habe, der Redner hätte es sicher erwähnt. Weiter nimmt B. an, dass das griechische Recht von dem Princip der Formlosigkeit ausgehe und vertheidigt diesen Satz gegen

alte und neue Angriffe; er stützt sich namentlich auf den Satz ὅσα ἄν τις ἑκὼν ἕτερος ἑτέρῳ ὁμολογήσῃ, κύρια εἶναι und nimmt an, dass die nachweisbaren Formalitäten (Zuziehung von Zeugen, Schriftlichkeit u. s. w.) nur zur Sicherung des Beweises (ἔλεγχον ποιήσασθαι Demosth. g. Apatur. 36, 904) erfolgen. Ich halte dies Alles für richtig, begreife aber nicht, warum dann B. doch, inconsequent, die Contracte eintheilt in contrats oraux (dont la preuve est fournie par le témoignage des personnes qui y ont assisté) und contrats écrits (dont l'existence est normalement et principalement établie par l'acte qui les relate). — Im Anschluss an die schriftlichen Contracte — hier wird Mitteis' Ansicht über das χρεωφυλάκιον acceptirt — wird die Syngraphe behandelt p. 69—81. B. verwirft die beiden heute im Vordergrund stehenden Theorien von Dareste und von Mitteis. Nach Dareste ist die Syngraphe un acte ayant un caractère public — et emportant execution parée, c'est à dire pouvant être mis en exécution sans jugement à terme échu; nach Mitteis ist sie ein wahrer Litteralcontract, bei dem die Schrift unabhängig von der causa obligationis (Pseudo-Asconius: contra fidem veritatis) verbindet; die äussere Form der Schuldverschreibung ist regelmässig die eines (fingirten) Darlehns (δάνειον). B. verwirft beide Theorien, die von Dareste aus den von Mitteis angeführten Gründen, die von Mitteis selbst deswegen, weil seine Beweise nicht dem attischen Recht entnommen, weil Pseudo-Asconius kein zuverlässiger Berichterstatter, und weil die von Mitteis verwertheten Urkunden sich einfacher und ohne Annahme eines Litteralcontracts erklären. Ich kann mich hier wohl auf den dritten Einwand beschränken, wenn wirklich die Notiz des Pseudo-Asconius durch gar nichts gestützt werden kann, so ist ihre Brauchbarkeit allerdings sehr fraglich. Mitteis' Hauptbeweisstück ist das sog. Nikaretadarlehn von Orchomenos (abgedruckt z. B. Corp. Inscr. Graec. Sept. I 3173 und Rec. II p. 275 ff.). Die Stadt hat Geld geliehen von Nikareta; später wird behufs Stundung der Schuld abgemacht, dass die Polemarchen der Stadt sich für pünktliche Rückzahlung persönlich der Gläubigerin verpflichten; die Verpflichtungsurkunde der Polemarchen beginnt mit den Worten: ἐδάνεισεν Νικαρέτα — folgen die Namen der vier Polemarchen. Weiter heisst es von ihnen: ἀποδότωσαν τὸ δάνειον οἱ δανει-

σάμενοι u. s. w. B. p. 79 erklärt nun: il était tout naturel que les cautions, assimilées au debiteur principal, fussent considérées comme tenues également en vertu d'un prêt: c'est ce qui explique la formule .. ἐδάνεισεν Νικαρέτα, employée dans le contrat exécutoire des polémarques. On ne peut dire, d'autre part, qu'il y ait eu dans ce contrat quelque chose qui fût plus contra fidem veritatis que dans tout autre contrat de cautionnement. Aber dabei ist ja gerade die Hauptsache übersehen: dass in der Urkunde steht, Nikareta habe den Bürgen (Polemarchen) ein Darlehn gemacht! Dies ist weder gewöhnlich noch natürlich und lässt sich eben nur so erklären, wie es von Mitteis erklärt worden ist. Dasselbe gilt von der Asklepias-Urkunde.

Auf die Verwandtschaft griechischer und römischer Bestimmungen über den Kauf hat schon F. Hofmann (Beiträge zur Gesch. d. griech. u. röm. R.) p. 43 ff. 104 hingewiesen. Er schreibt dem griechischen Recht den Satz zu, dass der Eigenthumsübergang an den Käufer bis zur Zahlung des Kaufpreises suspendirt sei, und den weiteren Satz: periculum est emtoris. Für den ersten Satz hat er den Beweis erbracht, für den zweiten nicht. B. (p. 124) acceptirt ihn doch für das griechische Recht, gestützt auf „les principes généraux .., car cette règle est fort équitable et tout à fait conforme à la volonté probable des parties“. Das wird aber kaum Jemand als Beweis gelten lassen, da die Gerechtigkeit des Satzes gar nicht über allen Zweifel erhaben ist. Immerhin ist denkbar, dass der Satz dem griechischen Recht angehört und griechischer Ursprung aus den von Hofmann angegebenen Gründen immerhin mindestens so wahrscheinlich, wie der neuerdings (Krückmann, Zur Reform des Kaufrechts p. 104) vermuthete babylonische. — Für eine Reihe von Fragen hat Hypereides' Rede gegen Athenogenes neue Aufschlüsse gewährt. Durch die Rede scheint mir bewiesen, dass das attische Recht Bestimmungen über laesio enormis nicht kennt (was auch B. p. 115 aus anderen Gründen annimmt). Sodann gibt sie den Wortlaut des Gesetzes über die Redhibition kranker Sclaven: (νόμο[ς κεῖται περὶ ὧν οἱ πωλοῦν]τες ἀλλήλοις συμβάλλουσιν) ὅταν τις πωλῇ ἀνδράποδον, προλέγειν, ἐάν τι ἔχῃ ἀρρώστημα, εἰ δὲ μή, ἀναγωγὴ τούτου ἐστίν. Wer erinnert sich da nicht an den Eingang

des aedilicischen Sclavenedicts: qui mancipia vendunt, certiores faciant emtores (nachher palam pronuntianto), quid morbi vitiive cuique sit; zu ἀρρώστημα s. Paul. Dig. XXI, 1, 5. Bisher war man auf Platos Darstellung (Ges. XI, 916) angewiesen, der sehr detaillirte Bestimmungen über Redhibition hat; auch er spricht nur von Sclaven und bedient sich des Kunstausdrucks ἀνάγειν. Wie weit er geltendes Recht vorträgt, steht dahin; ich notire nur, dass er als regelmässige Frist zur Klageanstellung sechs Monate nennt (916[b]: ἐντὸς ἑκμήνου) und bei Dolus den Verkäufer auf den doppelten Betrag (sonst nur auf den einfachen) haften lässt. — Mitteis (p. 505) nimmt mit Diels an, dass durch die Rede auch der in ausserattischen Quellen häufig erwähnte Kaufbürge (βεβαιωτήρ) für Athen nachgewiesen sei; er betrachtet den Nikon, den der Verkäufer „dazu hineinschreibt“ (IV 6) als einen solchen; die neueren Lesungen setzen aber den Namen des Nikon auch da ein, wo später (IX 22) von einem Bürgen (μετ' ἐμοῦ ἐγγυητήν) des Käufers die Rede ist, so dass der Kaufbürge für Athen immer noch nicht nachgewiesen ist (B. p. 142 ff.). Die Evictionshaft des Verkäufers kennt freilich auch das attische Recht, s. B. p. 133 ff. — Ueber einen anderen Punkt, der durch die Rede des Hypereides Aufklärung erfährt, s. o. p. 177.

Die Miethe (μίσθωσις) hat mit dem römischen Recht gemein, dass ein und dasselbe Wort (μίσθωσις) drei verschiedene Verträge, Sachmiethe, Werkvertrag, Dienstmiethe umfasst; war das griechische Recht in dieser Gleichstellung für das römische hier vorbildlich, so darf man vielleicht darauf verzichten, eine Grundbedeutung von locare zu suchen, die auf alle drei Fälle passt; sollte sich eine solche für μίσθωσις finden lassen? Diese Fragen hat der Philologe zu entscheiden, ich mache nur darauf aufmerksam, dass mit μίσθωσις auch die merces bezeichnet wird. — Pachtverträge über Grundstücke und Werkverträge sind uns inschriftlich in nicht geringer Zahl erhalten, sowohl Ankündigung von Pachtbedingungen (Ausschreibungen) als Verträge; als Verpächter erscheinen meist Tempel oder Gemeinden. Die Vertragsfreiheit hat dabei den weitesten Spielraum. Die Verabredungen sind sehr verschiedenartig, B. hat sie sehr fleissig zusammengestellt. Ich erwähne einige, die mir besonderes Interesse zu verdienen scheinen.

Der Pachtzins besteht regelmässig in Geld, seltener in Früchten, in letzterem Fall pars quanta, nicht pars quota; Theilpacht lässt sich nur für die ἑκτήμοροι (s. o. p. 171) nachweisen. Es findet sich auch Verbindung von Geld- und Naturalleistung B. p. 174 ff. Auch die Dauer der Pachtverträge ist sehr verschieden; für Tempelgüter war in Athen Verpachtung auf zehn Jahre gesetzlich vorgeschrieben, ebenso in Delos (B. p. 181 ff.), im Uebrigen fällt das (von B. nicht beachtete) Hervortreten des quinquennium auf, Pachtverträge werden auf fünf Jahre geschlossen oder zwar auf längere Zeit, aber mit fünfjährigen Perioden, vgl. die Pachtverträge von Thespiai (C. I. Gr. Sept. I 2227 add. πενταετία), von Herakleia (Rec. II p. 202), von Aixone (R. II p. 238). Es wird kein Zufall sein, wenn diese fünfjährige Pachtzeit auch in Rom, namentlich bei Verpachtung öffentlichen Gutes sehr häufig und als das Normale erwähnt wird, vgl. z. B. Plin. ep. IX 37, Paul. Dig. XIX, 2, 24, 2—4, XLV, 1, 89, Callistr. Dig. XLIX, 14, 3, 6, Pap. Dig. L, 8, 3, 1, Alex. Cod. Iust. IV 65, 7. — Remissio mercedis C. I. A. 1055 (= Rec. II p. 239): der Pächter, der sonst merces in Geld zahlt, hat, „wenn die Feinde ihn ausschliessen oder Schaden anrichten", nur die Hälfte des Früchteertrags zu leisten. — Tod des Pächters scheint den Pachtvertrag aufzuheben (B. p. 184); damit hängt wohl das Rescript von Gordian Cod. Iust. IV 65, 10 zusammen. Eigenthümlich und im Zusammenhang mit der Regulirung der Conventionalstrafe ist die mehrmals erwähnte Bestimmung, dass der Pächter die zweite Rate nicht zahlen darf, bevor die erste erlegt ist: Inschriften aus Mylasa (Rec. II p. 246) und Olymos (athen. Mittheilg. XIV p. 381). Es finden sich auch Bestimmungen, durch die für das letzte Pachtjahr der Pächter in seinen Befugnissen beschränkt und dem Verpächter Einwirkungen auf das Pachtobject gestattet werden, durch welche Letzterer sich die Wiederübernahme oder die Möglichkeit der Verpachtung an einen neuen Pächter erleichtert und sichert (B. p. 186). Auf eine andere merkwürdige Uebereinstimmung mehrerer Pachtverträge (Weiterverpachtung bei Nichtzahlung des Pachtzinses und Belastung des säumigen Pächters mit der Differenz und einem Strafzuschlag) habe ich bereits an anderem Orte (griech. Pfandrecht p. 40) hingewiesen und den von Javolenus Dig. XIX, 2, 51 pr. besprochenen Rechtsfall zur Ver-

gleichung herangezogen. — Die inschriftlich erhaltenen Werkverträge beziehen sich meistens auf Bauten; der Arbeiter wird auch als ἐργολάβος bezeichnet; auffallender ist die Bezeichnung ἐργώνης, durch welche der Werkvertrag dem Kauf angenähert wird. Der Arbeiter erhält regelmässig Vorausbezahlung (B. p. 214); so jetzt auch C. I. A. (IV. Suppl.) 1054[g]: der Arbeiter bezieht bei Beginn zwei Viertel, nach Vollendung der Hälfte des Baues ein Viertel, nach Vollendung des Ganzen das letzte Viertel.

Besondere Bestimmungen richten sich gegen die Bildung von Unternehmer-Ringen (B. p. 213 ff.). Die Abnahme des fertigen opus wird als δοκιμασία bezeichnet; sie ist in Verträgen Gegenstand besonderer Normirung; so sieht der Baucontract von Delos (C. I. Gr. 2266, vgl. Fabricius in Hermes XVII 1 ff.) vor: der Unternehmer soll, wenn er fertig ist, der Aufsichtscommission und dem Architekten Anzeige machen; innerhalb 10 Tagen sollen diese die δοκιμασία vornehmen; wird diese Frist versäumt, δόκιμα ἔστω τὰ ἔργα, das Werk gilt als abgenommen.

In der Lehre vom Darlehn (δάνειον) unterscheidet B. (p. 230—324) das gewöhnliche verzinsliche Darlehn (δάνειον), den Eranos, und das Seedarlehn (ναυτικὸν δάνεισμα). Das Quellenmaterial hat hier wenig Veränderung erfahren; für das Seedarlehn lag eine neuere Arbeit, die Leipziger Dissertation von Sieveking (Seedarlehn des Alterthums, 1893) vor. — B. referirt auch über den Zinsfuss (p. 250 ff.); eine Monographie über diesen Gegenstand, die örtliche und zeitliche Verschiedenheiten und die einzelnen Formen des Credits berücksichtigte, wäre für das griechische Recht (wie für das römische!) erwünscht. Ein noch nicht genügend aufgeklärtes Gebilde ist der ἔρανος; als wesentliche Eigenschaften gibt B. an: Mehrheit der Gläubiger (p. 259) und Unentgeltlichkeit (p. 261). Der Eranos ist eine Unterstützung; wer eines grösseren Geldbetrages bedarf, wendet sich an mehrere Personen, die zusammen den Betrag vorschiessen; vom Schuldner selbst heisst es: συλλέγει ἔρανον. Die Gläubiger werden als πληρωταί (nicht χρησταί) bezeichnet bei Demosth. g. Meid. 184 (574) und Hyper. g. Athenog. III 23, IV 14. Sie können zwar ihre Forderungen geltend machen (Hyper. l. c.), aber diese werden

von anderen Forderungen unterschieden (Hyper. IV 17: χρέα — σὺν τοῖς ἐράνοις). Der Untersuchung bedürftig ist namentlich die Frage, ob und welche rechtliche Verbindung das gemeinsame Creditiren zwischen den mehreren Gläubigern herstellt. — Auf die von B. p. 239 nur in der Anmerkung citirte Inschrift von Lebadea C. I. Gr. Sept. 3054 mache ich erneut (s. griech. Pfandrecht p. 136) aufmerksam; sie enthält die Constituirung einer Rente; Dittenberger erklärt sie so: de reddenda pecunia, quam Anaxio mutuam dederat populo Lebadensium inter utrosque sic convenisse ut annuis pensionibus, quoad ille superstes esset, certam summam acciperet, qua cum usura ipsum quoque caput contineretur.

Die Darstellung der Societät (p. 340—371) leidet darunter, dass B. zwischen Societät und juristischer Person nicht unterscheidet; die Frage, ob das griechische Recht die Unterscheidung gekannt habe, wird gar nicht gestellt. B. scheint davon auszugehen, dass allen Personenvereinigungen, die er als sociétés bezeichnet, juristische Persönlichkeit zukomme (p. 348: par suite de la personnalité morale dont est investie la société), nur an einer Stelle (Aufhebung durch Tod, p. 352) trennt er dann sociétés proprement dites (= societas) und associations telles que les thiases et les éranes. Den allgemeinen Erörterungen folgt eine Beschreibung einzelner Personenverbände. Das Vereinswesen hat in neuester Zeit Erich Ziebarth behandelt; die Schrift ist mir noch nicht zugänglich geworden. Ich mache meinerseits nur aufmerksam auf die Verwandtschaft zwischen den Statuten römischer collegia funeraticia (speciell des lanuvinischen) und denjenigen des Thiasos der Jobacchen in Athen (nachchristliche Inschrift, publicirt Athen. Mittheilg. XIX, 1894, p. 248 ff.). In dem kurzen Abschnitt über sociétés commerciales p. 367—371 schreibt B. dem attischen Recht eine eigenthümliche Form von Commanditgesellschaft zu; er stützt sich auf Demosthenes' Rede gegen Dionysiodor; ich glaube nicht, dass man dieser mehr entnehmen kann, als ich ihr (griech. Pfandr. p. 120. 121) entnommen habe.

Commodat (p. 226 ff.), Depositum (p. 324 ff.), Mandat (p. 371 ff.), Negotiorum gestio (p. 377 ff.) geben zu Bemerkungen keine Veranlassung. Aus der Lehre vom Depositum (p. 324 ff.)

hebe ich den Abschnitt über depositum irregulare nur deswegen hervor, weil hier auch allgemeine Bemerkungen über Bankverkehr untergebracht sind (p. 334 ff.); ergänzt werden sie durch andere in dem Abschnitt über die Zahlung (p. 506 ff.). B. untersucht, ob sich moderne Institute, wie Zahlungsanweisung, Creditbrief, Check, Wechsel im attischen Recht vorfinden; für den Wechsel wird die Frage verneint (p. 509), für die anderen bejaht. Diese Fragen sind schon mehrmals aufgeworfen worden; vielleicht empfiehlt es sich, die Rede einmal genauer anzusehen, in welcher man alle diese modernen Institute finden will: Isokrates' [1]) Trapezitikos. Der aus dem Pontos stammende Sprecher hat dem Banquier Pasion Geld gegeben (7: *χρήματα παραδιδόναι*), das Geld liegt bei diesem (8: *παρ' αὐτῷ κεῖται*) und wird (13) als *παρακαταθήκη* (depositum) bezeichnet. Später will der Sprecher das Geld zurückbeziehen (8: *κομίσασθαι*). Nun leugnet der Banquier das Depositum ab; der Sprecher will den Beweis erbringen und führt u. A. Folgendes an: er habe Geld aus dem Pontos beziehen wollen, ein gewisser Stratokles, der damals gerade dorthin reiste, sei dann mit ihm dahin übereingekommen, dass er (St.) sein Geld an den Sprecher abliefern und dafür den entsprechenden Betrag bei dem Vater des Sprechers in Pontos in Empfang nehmen solle (35); damit werde die Gefahr des Transportes des Geldes vermieden (36). Stratokles erkundigt sich, an wen er sich halten müsste (*ὅστις αὐτῷ ἀποδώσει τὰ χρήματα*), wenn der Vater entweder „das Aufgetragene nicht thun würde“ (*ἐὰν ὁ πατὴρ μὴ ποιήσῃ τὰ ἐπεσταλμένα*), oder wenn er bei der Rückkehr den Sprecher nicht mehr vorfinden würde. Der Sprecher führt ihn nun zu Pasion; dieser verspricht, dass er ihm Capital und Zinsen auszahlen werde (*ὡμολόγησεν οὗτος αὐτῷ καὶ τὸ ἀρχαῖον καὶ τοὺς τόκους τοὺς γιγνομένους ἀποδώσειν*). Dies hätte Pasion — schliesst der Sprecher — nicht gethan, wenn er nicht durch das (abgeleugnete) depositum gedeckt gewesen wäre. — Mit all' dem ist weder Check noch Creditbrief bewiesen; wir wissen gar nicht, wie und durch wen der Vater des Sprechers benachrichtigt werden sollte. B. (p. 508) sagt freilich: „l'orateur — donne a Stratoclès une lettre dans

[1]) Nicht Lysias, wie B. (p. 508) im Text (die Anmerkung ist richtig) sagt.

laquelle il mandait à son père etc.“, aber von einem solchen Brief sagt Isokrates nichts, die lateinische Uebersetzung in der Ausgabe von Firmin-Didot spricht allerdings von einem solchen. — Als festgestellt darf man m. E. nur ansehen, dass Zahlungen überhaupt durch Banquiers bewerkstelligt werden konnten. Bezüglich des wie aber wird man gut thun, vorläufig noch dem Bericht des Demosthenes (g. Kallipp. 4, 1236 ff.) über die Gepflogenheiten der Banquiers (*εἰώθασιν πάντες οἱ τραπεζῖται*) zu trauen. Der Kunde (A) eines Banquiers (B), der bei diesem Geld deponirt hat oder jetzt deponirt, weist diesen an (*προστάττει*), einem benannten Dritten (C) das Geld auszuzahlen (*ἀποδοῦναι*); dieser (C) wird das Geld erheben (*κομίζεσθαι*). Kennt B den C nicht persönlich (*οὐ γιγνώσκει τὴν ὄψιν τοῦ ἀνθρώπου*), so wird eine weitere Person (D) benannt, die den C dem B vorstellen, zeigen, die Identität feststellen wird (*ὃς ἂν μέλλῃ συστήσειν καὶ δείξειν τὸν ἄνθρωπον*). Das sieht Alles nicht so aus, wie wenn sich C lediglich durch eine Urkunde, eine Anweisung des A, bei B legitimiren könnte. Man würde erwarten, im griechischen Recht Vorbilder für das römische receptum argentarii zu finden. Diese Frage ist noch gar nicht untersucht, ja nicht einmal gestellt. Man könnte versucht sein, in dem Versprechen, das Pasion dem Stratokles macht (s. o.), etwas Derartiges zu finden; aber der Redner bezeichnet das Versprechen nachher einfach als Uebernahme einer Bürgschaft (*ἐγγυητὴν γενέσθαι*).

Von den Delictsobligationen (p. 384—405) ist nur das damnum iniuria datum, die *βλάβη*, besprochen; diese Sonderstellung wird gerechtfertigt durch die — übrigens noch nicht genügend aufgeklärte (s. o. p. 184) — subsidiäre Function der *δίκη βλάβης* bei Contractsobligationen. Die übrigen Delicte weist B. dem Strafrecht zu. Die *δίκη βλάβης* hat auch die Function der Noxalklage; die Quellen sprechen von *βλάβη ἀνδραπόδων* und *βλάβη τετραπόδων* (si quadrupes pauperiem!); B. (p. 391) spricht ausserdem auch von der Noxalhaft des Vaters, von der er aber anderwärts (II p. 99) selbst zugibt, dass sie sich nicht nachweisen lasse. Von der Haftung des Sclaveneigenthümers spricht Plato, Ges. XI p. 936[d]: *ἢ τὴν βλάβην ἐξιάσθω* (damnum sarcito) .. *ἢ τὸν βλάψαντ' αὐτὸν παραδότω*; dass er dabei geltendes Recht vorträgt, wird durch

die Mysterieninschrift von Andania (Syll. Inscr. Graec. 388) wahrscheinlich gemacht, nach welcher der Herr, wenn er den Schaden nicht sofort deckt, den Sclaven dem Geschädigten *εἰς ἀπεργασίαν παραδιδόναι*, also wohl zum Abverdienen geben muss. Wie den Sclaven, behandelt Plato (l. c.) auch die Hausthiere; von Solon[1]) wird ein Gesetz erwähnt (Plut. Sol. 24), nach dem der Eigenthümer den Hund, der gebissen hat, schlechthin herausgeben muss; für Gortyn sind ausführliche Bestimmungen erhalten (s. Rec. III p. 393 ff.); ich hebe nur eine hervor: wenn ein Rind ein anderes Rind verletzt hat, so kann der Geschädigte sein (verletztes) Rind gegen das (verletzende) des Gegners umtauschen; will er das nicht, so muss der Gegner den Schaden ersetzen. Hält man dies mit der solonischen Bestimmung zusammen, so ergibt sich, dass die primäre Haftung diejenige auf noxae dare ist. Mit Recht bringt B. (p. 392) damit die Strafen gegen Thiere selbst in Verbindung. Der Gedanke einer Schuld des Thieres erscheint gerade für den in der gortynischen Bestimmung entschiedenen Fall auch in einer Entscheidung des Quintus Mucius bei Ulp. Dig. IX, 1, 1, 11 (si boves commisissent etc.).

Unter dem Titel: Sicherung der Forderungsrechte werden Arrha, Conventionalstrafe, Pfändungsklausel, Personalexecution, Bürgschaft behandelt. Am wenigsten gehört die Arrha (*ἀρραβών*) hierher, wenn sie wenigstens, wie B. (p. 421 ff.) annimmt, nur die Function eines argumentum venditionis contractae und einer Wandelpön hat. Hofmann (Beiträge z. Gesch. d. griech. u. röm. Rechts) hatte, gestützt auf das Theophrast-Fragment (abgedruckt ebenda p. 71 ff.), angenommen, dass die Arrha bei Kaufverträgen Erforderniss der Vertragsperfection sei; dafür spricht der Wortlaut der Stelle und die Notiz des Gaius III 139, der allerdings das römische Recht mit einem fremden Recht zu vergleichen scheint. Aber Theophrast sagt selbst nur, dass von den Gesetzgebern *σχεδὸν οἱ πολλοί* eine solche Bestimmung aufstellen; dass der attische nicht dazu gehört, darf man aus dem Schweigen der attischen Quellen erschliessen. Dass die arrha die Function

[1]) Sollte schliesslich die räthselhafte lex Pesolania de cane bei Paul. I, 15, 1 eine lex Solonia sein? Auch Plato a. a. O. erwähnt den Hund besonders.

einer Wandelpön gehabt und gegen Verlust der Arrha jeder Partei der Rücktritt freigestanden habe, hat B. nicht bewiesen; m. E. legt er in die Worte des Theophrast etwas hinein, was nicht darin steht. Theophrast sagt lediglich: wenn der Käufer eine Arrha gegeben hat und nachher den Kaufpreis nicht zahlt, verwirkt er die arrha (στέρησις); wenn der Verkäufer eine Arrha empfangen hat und nachher den Kaufpreis nicht annimmt, so muss er „den Betrag, um den er verkauft hat", zahlen (behält aber regelmässig die arrha). Dazu wird dann noch bemerkt, dass einzelne Gesetze Fristen aufstellen: z. B. in Thurioi: die Arrha sofort, den Kaufpreis noch am nämlichen Tage. B. (p. 426) bezieht diese Fristen auf ein Rücktrittsrecht (faculté de dédit), während Theophrast sie ausdrücklich auf die Zahlungspflicht (das καταβάλλειν) bezieht. Dass sich etwa — im ersten der oben erwähnten Fälle — der Verkäufer mit der Arrha begnügen müsse (Rücktrittsrecht des Käufers), ist nirgends gesagt. — Die Conventionalstrafe (p. 430 ff.) spielt eine grosse Rolle, sie erscheint bei den verschiedenartigsten Forderungen; besonders häufig in der Form des ἡμιόλιον, Strafe des Anderthalbfachen; hierüber Mitteis (p. 510 ff. „eine specifische Eigenthümlichkeit des griechischen Volkes"). Erwähnenswerth scheint mir die von B. (p. 437) nachgewiesene Conventionalstrafe zu Lasten des Gläubigers (mora accipiendi). — Die Pfändungsklausel, deren Ursprung und Bedeutung zuerst von Mitteis (p. 400 ff.) erkannt worden ist, behandelt B. (p. 439 ff.). Neues ist nicht beigebracht; in den noch bestrittenen Fragen (Bedeutung von πράττειν, πράττειν κατὰ τὸν νόμον) folgt B. Mitteis und dem Ref. (griech. Pfandr. p. 59 ff.).

Die Personalexecution (in Attika durch Solon aufgehoben, ausserhalb Attikas häufig nachweisbar) gehört streng genommen nicht hierher. Ich benutze die Gelegenheit, auf die noch wenig beachtete Bestimmung des gortynischen Rechts (Rec. III p. 395) über den κατακείμενος, den Verpfändeten, der sich selbst einem Anderen (καταθέμενος) zu Pfand gegeben hat, hinzuweisen. Ueber die Rechtsstellung dieser Person erfahren wir u. A. Folgendes: wenn der Verpfändete einen Schaden anrichtet, so haftet er persönlich dem Dritten; hat er nichts, woraus er zahlen könnte, so kommt es zu einer Vereinbarung zwischen dem Dritten und dem Pfandgläubiger

(noxae datio?). Wird der Verpfändete selbst geschädigt, so geht der Pfandgläubiger für ihn vor Gericht, er verlangt die Entschädigung, die für freie Menschen gezahlt wird, die Summe, die er erhält, muss er mit dem Verpfändeten theilen; will der Gläubiger nicht vor Gericht gehen, so geht der Verpfändete selbst, nachdem er seine Schuld bezahlt hat. Hier drängt sich der Vergleich mit dem römischen nexum auf, dem ja freilich aus guten Gründen die Pfandnatur (Selbstverpfändung des Schuldners) abgestritten wird. — Aus der Lehre von Bürgschaft (ἐγγύη) hebe ich hervor: der Bürge hat kein beneficium excussionis (p. 471 ff.), mehrere Bürgen haften im Zweifel solidarisch, Theilung wird aber sehr häufig ausbedungen (p. 478 ff.). Für das Regressrecht des Bürgen (p. 483) fehlte bis in die allerjüngste Zeit ein Quellenbeleg; jetzt ist er durch eine zuerst von Guiraud (propriété foncière p. 441) angeführte Stelle aus einer unedirten Inschrift von Delos gegeben; nach dieser wird der Hauptschuldner, wenn der Bürge für ihn bezahlt hat, Schuldner des Bürgen; die Schuld erhöht sich dabei um die Hälfte (ἡμιόλιον). Die Verpflichtung des Bürgen erlischt nach attischem Recht in einem Jahr (B. p. 525): νόμος κελεύει τὰς ἐγγύας ἐπετείους εἶναι; wahrscheinlich gilt diese Bestimmung auch in Attika nur für einzelne (welche?) Forderungen (B. p. 525).

Die Lehre von der Uebertragung der Forderungsrechte (p. 537 ff.) bildet den Schluss; hier gelangen auch die von Goldschmidt in dieser Zeitschrift Band X, p. 352 ff. besprochenen Inschriften zur Verwerthung, vor Allem das Nikareta-Darlehn und der Schuldvertrag des Praxikles. B. nimmt an, dass ausserhalb Attikas sowohl Ordrepapier als Inhaberpapier sich finden; das erstere wird wahrscheinlich, für das zweite fehlt jeder Beweis. Immerhin ist auch für das Ordrepapier zu bemerken, dass überall vorausgesetzt ist, dass der Präsentant (ἐπιφέρειν συγγραφὴν im Nikaretadarlehn) direct vom Gläubiger legitimirt ist; von einem Recht des ersten Cessionars, weiter zu cediren (indossiren), vernimmt man nichts.

Ich schliesse die Besprechung mit dem Wunsche, dass es dem Werke Beauchets gelingen möge, die Aufmerksamkeit der Juristen auf das griechische Recht zu lenken, und dass

der fleissige und gelehrte Verfasser weiterhin mitarbeite an der Aufgabe: „à faire restituer aux lois athéniennes la place qui leur revient à juste titre dans l'histoire comparée des législations".

VI.

Zur Erklärung von l. 33 de a. v. o. poss. 41, 2.

Ein Beitrag zur Lehre vom furtum.

Von
Herrn Professor **Schlossmann**
in Kiel.

In neuerer und neuester Zeit ist eine Stelle aus dem Sabinus-Commentar des Pomponius, welche von jeher den Auslegern die grössten Schwierigkeiten bereitet hat, — l. 33 de poss. 41, 2 — wiederum Gegenstand lebhafter Erörterungen geworden. Nicht weniger als vier verschiedene neue, sich gegenseitig bekämpfende Auslegungsversuche sind hervorgetreten [1]). Aber sie vermögen ebenso wenig wie die zahlreichen älteren zu befriedigen [2]). Vielleicht aber gelingt es den nachfolgenden Zeilen, zu des Räthsels Lösung beizutragen.

---

[1]) Vgl. Kohler im Arch. f. civ. Pr. Bd. 69 S. 176 ff.; Pininski, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbes Bd. VI S. 29 Anm. 1; Hirsch, Die Principien des Sachbesitzerwerbes und -Verlustes S. 228 f.; v. Tuhr, actio de in rem verso S. 101. — [2]) Vgl. die ältere Litteratur bei Kohler a. a. O. S. 177. — Zu v. Tuhrs Bemerkungen zu dieser Stelle sei hier nur bemerkt, dass der Versuch, sie aus dem Gegensatz zu l. 14 de Publ. i. r. a. 6, 2 zu erklären, höchstens dann eine Berechtigung hätte, wenn in unserer Stelle durchweg die possessio als non recte tradita bezeichnet wäre, während sie in Wahrheit in gewissen Fällen, in denen der Tradent gleichfalls „an der Tradition nicht interessirt ist", den Besitz recte tradirt sein lässt. Vgl. über das Verhältniss beider Stellen noch unten S. 209 Anm. 1.

Die Stelle lautet:

Pomponius l. XXXII ad Sabinum:

Fundi venditor etiamsi mandaverit alicui, ut emptorem in vacuam possessionem induceret, priusquam id fieret, non recte emptor in possessionem veniet. item si amicus venditoris mortuo eo, priusquam id sciret, aut non prohibentibus heredibus id fecerit, recte possessio tradita erit. sed si id fecerit, cum sciret dominum mortuum, aut cum sciret heredes id facere nolle, contra erit.

Die Schwierigkeit der Stelle liegt hauptsächlich darin, dass, während die Fehler, welche einen Besitz als nicht recte erlangt erscheinen lassen, sonst überall in dem Wissen und Wollen des Erwerbers wurzeln, hier für die Frage, ob ein Besitz recte erworben sei, das Wissen nicht des Besitzers, sondern des den Besitz übertragenden Stellvertreters des Herrn entscheidend sein solle.

Kohler freilich hat den Knoten mit dem Alexanderschwert kühn durchhauen, indem er als Subject zu „sciret" überall den Käufer des Grundstücks gedacht wissen will. Wer die Stelle unbefangen liest, kann aber unmöglich darüber im Zweifel sein, dass es dem Juristen auf das Wissen und Nichtwissen nicht des Käufers, sondern des amicus ankommt.

Bevor wir die Erklärung der Stelle selbst versuchen, ist es nöthig, ihren Bau näher in Augenschein zu nehmen und zu prüfen, ob sie in der Gestalt, in welcher sie in den Digesten vorliegt, von Pomponius geschrieben sein kann. Es wird sich hierbei ergeben, dass sie des logischen Zusammenhanges völlig entbehrt, und daher so, wie sie uns überliefert ist, unmöglich aus der Feder eines classischen Juristen geflossen sein kann.

In dem zweiten Satze: „item si amicus etc." wird gesagt, dass, wenn der Mandatar das Grundstück nach dem Tode des Verkäufers übergeben hat, die possessio unter zwei disjunctiv neben einander gestellten Voraussetzungen als recte tradirt zu gelten habe, nämlich

1. wenn der amicus nicht wusste, dass der Mandant gestorben sei;

2. wenn die Erben der Uebergabe nicht entgegengetreten sind.

In dem dritten Satze heisst es, das Gegentheil sei der Fall, d. h. possessio sei recte tradirt unter folgenden zwei, wiederum disjunctiv an einander gereihten Voraussetzungen:

1. wenn der amicus von dem Tode des Herrn wusste;

2. wenn er wusste, dass die Erben die Uebergabe des Grundstückes nicht wollten[1]).

Prüfen wir diese beiden Alternativen, so zeigt sich einmal, dass das erste und zweite Glied einer jeden sich nicht gegenseitig ausschliessen, sondern dass von den beiden in der ersten Alternative genannten Voraussetzungen die zweite im Leben stets vorliegen wird, wenn die erste zutrifft, und dass umgekehrt in der zweiten Alternative, wenn die zweite Voraussetzung vorliegt, stets auch die erste zutreffen wird; dass aber endlich die beiden Alternativen in einander übergreifen. Das ergiebt sich aus folgender Betrachtung.

I. Die erste Alternative.

1. Die possessio soll recte tradita sein, wenn der amicus zur Zeit der Uebergabe von dem Tode und — wie wir hinzufügen müssen — von der Existenz von Erben, deren Wille in Betracht kommen könnte, keine Kenntniss hatte.

Hier werden die Erben, wenn sie, wie vorausgesetzt werden muss, davon, dass die Uebergabe seitens des amicus beabsichtigt oder vorgenommen werde, wussten, entweder sie untersagen oder nicht untersagen. Fasst man nun das erste Glied der ersten Alternative für sich allein ins Auge, so muss es gleichgiltig erscheinen, ob das eine oder das andere der Fall ist: ist übergeben, priusquam id sciret, so ist nach der Fassung der Stelle allemal possessio recte tradita. Das steht aber in Widerspruch mit dem zweiten Gliede, aus welchem argumento a contrario entnommen werden muss, dass allemal, wenn die Erben untersagen, possessio non recte tradita sei, dass also das erste Glied eine Wahrheit nur enthält, wenn

---

[1]) v. Tuhr a. a. O. S. 102 bezieht die Worte „cum sciret heredes id facere nolle" auf einen zur Kenntniss des amicus gekommenen Widerruf des Mandats. Er übersieht hierbei, dass das Mandat durch den Tod des Herrn beendet war, und dass in den erwähnten Worten nicht von einem Wissen um ein stattgehabtes prohibere, sondern um das Nichtwollen der Erben die Rede ist.



auch die zweite, disjunctiv daneben gestellte Voraussetzung zutrifft. Und in der That wird auch, wenn der amicus den Tod nicht erfahren hat, ein prohibere nicht stattgefunden haben, da er aus einer erfolgten Prohibition ja stets die mehr oder minder zuverlässige Kunde von dem Tode empfangen haben würde.

2. Die possessio soll recte tradita sein, wenn sie non prohibentibus heredibus tradirt ist. Daraus folgt arg. a contr., dass, wenn die Erben untersagen, possessio non recte tradita erit. Untersagen sie nun, so wird der amicus stets um den erfolgten Tod wissen oder mindestens ihn als wahrscheinlich annehmen müssen. Das zweite Glied der ersten Alternative hat daher nur dann einen Sinn, wenn dabei von dem Verfasser der Stelle das Wissen des amicus um den Tod vorausgesetzt ist. Damit greift aber dieses zweite Glied der ersten in das erste Glied der zweiten Alternative über, nach welchem allemal possessio non recte tradita sein soll, wenn der amicus von dem Tode des Mandanten Kenntniss hatte. Hiermit stellt sich aber zugleich ein Widerspruch des zweiten Gliedes der ersten Alternative mit dem ersten der zweiten Alternative heraus.

II. Die zweite Alternative.

1. Possessio ist non recte tradita, wenn der amicus von dem Tode des Herrn Kenntniss hatte. Das ist hier behauptet ohne Rücksicht darauf, ob die Erben untersagen oder nicht, und ob sie die Uebergabe durch den amicus wollen oder nicht. Aber nach der Fassung des zweiten Gliedes der ersten Alternative ist non prohibentibus heredibus possessio recte tradita, gleichviel, ob der amicus von dem Tode des Herrn erfahren hat oder nicht.

2. Possessio ist non recte tradita, wenn der amicus — gleichviel, ob in Folge eines an ihn gerichteten Verbotes oder aus anderweitigem Grunde — weiss, dass die Erben die Tradition nicht wollen. Wenn er aber von dem Nichtwollen der Erben weiss, so wird er auch stets von dem Tode Kenntniss haben. Die in dem zweiten Gliede genannte Voraussetzung einer non recte tradita possessio setzt also allemal das Vorhandensein der in dem ersten und disjunctiv neben ihr genannten voraus.

So erweist sich der zweite und der dritte Satz der Stelle als unlogisch an allen Ecken und Enden. Man kann auch nicht daran denken, wenigstens den letzten Satz durch Emendirung des „aut“ in „et“ zu heilen, womit ein verständiger Sinn allerdings in ihn gebracht sein würde: das in dem zweiten Gliede wiederholte „cum sciret“ drängt jeden Gedanken an eine zufällige Textverderbniss zurück.

Alles das weist m. E. gebieterisch auf die Annahme einer Interpolation hin. Sinn und Zusammenhang lässt sich in der Stelle nur herstellen, wenn wir zunächst die zweiten Glieder „aut non prohibentibus“ und „aut cum sciret heredes id facere nolle“ als Embleme behandeln und ausscheiden. Damit soll nicht behauptet sein, dass diese zweiten Glieder der beiden Alternativen lediglich auf Erfindung der Compilatoren beruhen. Die Fragen, auf welche sie hindeuten, hat, wie weiter unten gezeigt werden soll, Pomponius selbst gewiss erörtert. Es lag — wenigstens wenn die Deutung, welche im Folgenden versucht werden soll, richtig ist — die Frage nahe, welchen Einfluss es auf die Beurtheilung der Sache habe, wenn, falls der Mandatar von dem Tode Kenntniss hatte, die Erben der Tradition nicht entgegentraten, und ferner, wenn sie die Tradition nicht wollten, der Mandatar aber von ihrem Widerstreben gegen die Tradition keine Kenntniss hatte, sei es, dass sie einen Widerspruch nicht verlautbart hatten, sei es, dass ihre Widerspruchserklärung nicht oder erst nach vollzogener Uebergabe an ihn gelangt war. Auch die Compilatoren werden nun, wie Pomponius selbst, auf diese Fragen eine Antwort haben geben wollen. Aber sie haben jedenfalls bei der, sei es behufs Kürzung oder aus irgend einem anderen Grunde vorgenommenen Aeusserungen des Pomponius in einer Weise verändert, welche Ueberarbeitung der Stelle die auf diese Frage bezüglichen allen logischen Zusammenhang auflöst. Der Jurist selbst kann sich unmöglich in so sinnloser Weise ausgesprochen haben, während andere zahlreiche Leistungen der Compilatoren uns das volle Recht geben, die soeben nachgewiesenen Verkehrtheiten ihnen auf Rechnung zu schreiben.

Auf Interpolation weist vielleicht auch noch das „id facere nolle“ hin. Es konnte, wie sich später zeigen wird, nur darauf ankommen, ob der amicus wusste, dass die Erben die

vacuae possessionis traditio durch ihn nicht wollten, — was durch „ipsum id facere nolle" oder durch „id fieri nolle" hätte ausgedrückt werden können, — nicht aber darauf, ob er wusste, dass, was thatsächlich in der Stelle gesagt ist, die Erben nicht tradiren wollen[1]).

Ein weiteres Symptom für eine in irgendwelchen Auslassungen bestehende Interpolation wird man endlich in dem in den Zusammenhang gar nicht passenden „item" zu sehen haben. Nachdem Pomponius die ohne Mitwirkung des Mandatars erfolgte Besitzergreifung als non recte erfolgt bezeichnet hatte, konnte er unmöglich fortfahren: „ebenso ist possessio recte tradita, wenn u. s. w." Er wird vermuthlich irgendwelche Thatumstände angeführt haben, deren Vorhandensein die Besitzergreifung auch ohne Dazwischenkunft des amicus als recte erfolgt erscheinen lassen könne, und dann wohl die Rolle der nach dem Tode des Mandanten gleichfalls recte erfolgten Tradition mit „item" angeschlossen haben.

Es mag wohl in Erkenntniss der Verwirrung, welche in der Stelle durch ihre Behandlung seitens der Compilatoren angerichtet worden ist, geschehen sein, dass die Verfasser der Basiliken[2]) sie in folgender Gestalt wiedergegeben haben:

Κἂν πωλήσω ἀγρὸν καὶ ἐπιτρέψω τινὶ παραδοῦναί σοι αὐτόν, εἰ μὴ τοῦτο γένηται, οὐκ ὀρθῶς κρατεῖς τὸ πραθέν. ἕτερον εἰ φίλος μου μετὰ τελευτήν μου παραδῷ σοι, εἰ μὴ ᾔδει με τελευτῆσαι, ἢ τοὺς κληρονόμους μου μὴ ἐπιτρέπειν.

In diesen Worten herrscht vollkommener logischer Zusammenhang. Sie sagen: etwas Anderes gilt, d. h. *ὀρθῶς κρατεῖς*, wenn der Mandatar entweder 1. von dem Tode des Herrn nichts gewusst hat; oder 2. wenn er (wie wir hinzuzudenken haben) von seinem Tode gewusst hat und die Erben zwar die Uebergabe durch ihn nicht wollten, er aber von ihrer widerstrebenden Absicht keine Kenntniss erlangt hat.

Beschränken wir uns nun zunächst, auf den Inhalt der Stelle eingehend, auf eine Prüfung derselben, ausschliesslich

---

[1]) Die Basiliken L. 2, 32 (Heimb. p. 52) (vgl. oben Z. 25) sagen deshalb auch genauer: *εἰ μὴ ᾔδει — — τοὺς κληρονόμους μου μὴ ἐπιτρέπειν* (wie in dem Eingang dieser Basilikenstelle = mandare). — [2]) Bas. L. 2, 32 (Heimb. V p. 52).

der verdächtigen Bestandtheile, so haben wir uns folgende Fragen zu stellen:

I. Was will der Jurist mit den Worten „recte possessio tradita erit" sagen?

II. Welches sind die praktischen Rücksichten, aus welchen er die Voraussetzungen, unter denen recte possessio tradita sit, untersucht?

III. Aus welchen Gründen legt er dem Wissen oder Nichtwissen des amicus von dem Tode des Herrn entscheidende Bedeutung bei?

I.

Das Wort „recte", welches in zahllosen Stellen und in Bezug auf die allerverschiedensten Arten des Handelns und Verhaltens von Privatpersonen, Magistraten, Geschwornen in den Quellen gebraucht wird[1]), hat nirgends eine technische Bedeutung, sondern besagt überall nur, dass ein Handeln, Verhalten, Geschehen, Sagen, Meinen ordnungsmässig, richtig, namentlich auch, sei es in formeller oder in materieller Beziehung, der Rechtsordnung gemäss sei. „Recte possessio tradita erit" sagt daher nichts weiter als: der Besitz ist ordnungsmässig, in fehlerloser Weise, ohne Verletzung des objectiven Rechts, übertragen.

Da nun die Tradition ein zweiseitiger Act ist, d. h. ein Act, welcher ein Handeln zweier Personen, des Tradenten und des Empfängers, erheischt, so entsteht die Frage, wessen Handeln und Verhalten als ordnungsmässig bezeichnet werden soll, das des Tradirenden oder des Empfängers oder vielleicht Beider.

Die Ordnungsmässigkeit der Besitzübertragung ist von dem Wissen oder Nichtwissen des Tradenten abhängig gemacht: so können wir nicht anders, als das „recte" auf das Handeln des Tradenten beziehen. Ob von Seiten des Empfängers die Tradition den Anforderungen des Rechtes entspricht, dass lässt sich nicht aus dem Verhalten des Tradenten, sondern nur eben des Empfängers selbst beurtheilen, und wenn also dieser etwa den ihm angebotenen Besitz in vitiöser Weise (also z. B. wissend um den, dem Mandatar vielleicht nicht bekannt gewor-

[1]) Vgl. Brissonius, de verb. sign. s. v. recte.

denen Tod des Herrn oder um den Widerspruch der Erben) ergriffen hat, so würde von seiner Seite der Traditionsact nicht in Ordnung sein.

Die Beziehung des Urtheils: „recte possessio tradita erit" auf das Verhalten des Tradenten entspricht auch dem Sprachgebrauch der Quellen, in welchen nach Brunners[1]) m. E. zutreffender Bemerkung „tradere" regelmässig in activischer Bedeutung erscheint.

Freilich bringt es die Beziehung, in welcher die Frage, ob possessio recte tradita sit, — wie unten zu zeigen — gestellt wird, mit sich, dass der recte übertragene Besitz auch „recte" = sine vitio[2]) von Seiten des Empfängers erworben sein muss. Aber dieses letztere Erforderniss ist eben unabhängig von dem Verhalten des Tradenten, und sein Vorhandensein wird daher hier, wo nur die Bedeutung des ersteren geprüft wird, stillschweigend vorausgesetzt.

II.

In welchem Zusammenhang haben wir uns nun die Aeusserung des Pomponius zu denken, und für welche rechtlichen Verhältnisse kommt ihm die Frage der „recte" bewirkten Uebertragung des Besitzes in Betracht?

Von den verschiedenen Beziehungen, an welche hier gedacht werden könnte, sind zwei von vornherein auszuscheiden.

Die Bemerkungen des Pomponius können keinen Bezug haben auf die Tradition als Modus der Eigenthumsübertragung. Denn da es sich um ein Grundstück, und zwar, wie wir in Ermangelung einer gegentheiligen Angabe annehmen müssen, um ein italisches Grundstück handelt, so ist, wie der Besitzübergang überhaupt, so auch die Art, wie er sich vollzieht, für die Eigenthumsfrage unerheblich.

---

[1]) Zur Rechtsgeschichte der röm. und german. Urkunden S. 123. — [2]) Auch das ordnungsmässige Verhalten des Besitzers rücksichtlich des Besitzes und der Besitzergreifung, namentlich die Abwesenheit der vitia possessionis, wird durch „recte" ausgedrückt: cf. l. 6 de itin. actuque 43, 19: . . non nocebit, quod ipsi vitiose usi sunt, si testator venditorve recte usi sunt. C. 12 de c. e. 4, 38: nam secundum consensum auctoris in possessionem ingressus recte possidet. C. 1 unde vi 8, 4: recte possidenti ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat. Und endlich auch das „non recte in possessionem venire" in unserer Stelle.

Ebenso kann aber der Jurist auch nicht den Interdictenbesitz im Auge gehabt haben. Denn für diesen kommen nur die etwaigen Besitzfehler auf Seiten des Erwerbers in Betracht. Ein nicht ordnungsmässiges Verhalten auf Seiten des Tradenten kann den Besitz des Empfängers nicht zu einem vitiösen machen.

Unsere Stelle kann daher nur die Frage des Usucapionsbesitzes und allenfalls auch die Publiciana in rem actio und die exceptio rei venditae et traditae — soweit deren Parallelismus mit der Usucapion reicht — betreffen. Und in dieser Annahme werden wir durch die Wahrnehmung bestärkt, dass die in die Pandekten übergegangenen Fragmente aus dem 32. Buche des Sabinus-Commentars des Pomponius in ihrer überwiegenden Mehrzahl sich mit der Usucapion beschäftigen[1]), Pomponius also hier offenbar die Usucapion ex professo behandelt hat.

Wir würden demnach mit den Worten des Pomponius den Sinn zn verbinden haben, dass die von dem Mandatar nach dem Tode des Mandanten bewirkte Uebergabe dem Empfänger — natürlich, was nicht weiterer Hervorhebung bedurfte, seine bona fides in Betreff der Fortdauer des Mandats vorausgesetzt — Usucapionsbesitz verschafft, wenn der Mandatar von dem Tode des Herrn nichts wusste, dass der Empfänger dagegen, auch wenn er selbst sich in gutem Glauben befand und also seinerseits sine vitio in den Besitz gelangt war — Usucapionsbesitz nicht erlange, wenn der Mandatar von dem Tode erfahren hatte.

Die Frage, ob die Voraussetzungen der Usucapion, der a. Publiciana und der exceptio rei venditae et traditae vorliegen, war durch den Thatbestand unmittelbar nahegelegt. Denn da eine Eigenthumsübertragung durch mancipatio oder in iure cessio sicher noch nicht erfolgt war, so war die Frage, wie der Käufer auch ohne einen Uebertragungsact, den die Erben ebenso wie die Besitzübertragung verweigert haben werden, zum quiritischen Eigenthum gelangen, und unter welchen Voraussetzungen er sich auch vor vollendeter Usucapion in dem erlangten Besitz erhalten oder den verlorenen wieder erlangen könne, von grosser Bedeutung.

[1]) Vgl. Lenel, Palingenesia II. p. 140—142.

Zweifel daran aber, ob Usucapionsbesitz, Publiciana a° und exc° rei v. et tr. begründet seien, mussten daraus erwachsen, dass es zu einer Tradition im vorliegenden Falle an einem wesentlichen Erforderniss gebrach, da ja mit dem Tode des Verkäufers der Auftrag zur Uebergabe und zugleich der noch nicht zur Realisirung gelangte Traditionswille des Herrn erloschen war.

Wenn dennoch trotz weggefallenen Traditionswillens des Verkäufers vom Juristen Usucapionsbesitz angenommen wird, so ist hier offenbar Ersitzung auf Grund eines putativen Titels zugelassen, indem dem Glauben des Empfängers an die Fortdauer des Mandats, und also das Vorhandensein des Traditionswillens bei dem Verkäufer die gleiche Wirkung, wie dem wirklich vorhandenen beigelegt wird.

III.

Wir gelangen nunmehr zu der Frage, deren Lösung den Schlüssel zu dem vollen Verständniss der Stelle enthalten muss: aus welchen Gründen macht der Jurist die Usucapionsmöglichkeit von dem Wissen oder Nichtwissen des übergebenden Mandatars abhängig, während doch für die Usucapion nach allgemeinen Grundsätzen nur ein Wissen und Glauben des Besitzers von Bedeutung ist?

Das Wissen des Mandanten kann natürlich nicht für die bona fides des Usucapienten bestimmend sein; aber es kann der Sache einen Charakter aufprägen, welcher ihre Usucapion ausschliesst.

Denken wir uns eine bewegliche Sache als Gegenstand des Kaufs, so würde der mit der Tradition an den Käufer Beauftragte sich eines furtum schuldig machen, wenn er sie, wissend um den inzwischen erfolgten Tod des Herrn und das dadurch bewirkte Erlöschen des Auftrags dem Käufer tradirte[1]), — ebenso wie wenn ein mit der Einziehung von Schulden Beauftragter oder ein Vormund, der nach Erlöschen der Vollmacht oder nach Beendigung der Vormundschaft noch Schuld-

[1]) Dass in l. 11 § 8 de dom. i. v. e. u. 24, 1 die Sache nicht furtiv wird, beruht darauf, dass hier der interposita persona von dem Schenker die Sache zu Eigenthum übertragen worden ist. Vgl. Burckhard, Ueber Schenkungsannahme S. 54 ff.

beträge eintreibt, ein furtum begeht. L. 67 (66) § 3 de furtis. Die Sache wäre damit als res furtiva unersitzbar geworden.

Nach dem uns wiederholt in den Quellen als das geltende vorgetragenen Rechte ist nun an Grundstücken ein furtum nicht möglich. Eine von den veteres vertretene gegentheilige Meinung ist nach den bekannten Berichten des Gaius[1]) und Ulpian schon früh aufgegeben worden. Aber aus Ulpians Bemerkung in l. 25 pr. de furtis:

„Verum est, quod plerique probant, fundi furtum agi non posse"

können wir doch entnehmen, dass die Meinung der veteres selbst noch lange nach Gaius vereinzelte Vertreter gefunden hat. Und zu den letzteren müssen wir, meine ich, auf Grund unserer Stelle den Pomponius rechnen.

Hohe Wahrscheinlichkeit gewinnt diese Ansicht dadurch, dass unsere Stelle dem Sabinus-Commentar des Pomponius entnommen ist, und dass, wie wir von Gellius[2]) erfahren, Sabinus, wie er auch sonst den Thatbestand des furtum sehr weit ausdehnte, auch ein furtum an Grundstücken annahm.

Wir werden annehmen dürfen, dass Pomponius, welcher auch in anderen das furtum und die Usucapion betreffenden Fragen eigenthümliche, von den zu seiner Zeit herrschenden abweichende Meinungen vertreten hat[3]), sich auch in Betreff des furtum von Grundstücken der obsoleten Meinung der veteres angeschlossen habe[4]). —

---

[1]) Cf. Gai. inst. II 57 und l. II rer. cott. in l. 38 de usurp. 41, 3, l. 25 pr. de furt. 47, 2 (Ulpian. l. 41 ad Sabinum). — [2]) Noct. att. XI 18, 13: — — Sabini librum, cui titulus est de furtis. in quo id quoque scriptum est, quod volgo inopinatum est, non hominum tantum neque rerum moventium, quae auferri occulte et subripi possunt, sed fundi quoque et aedium fieri furtum; condemnatum quoque furti colonum, qui fundo, quam conduxerat, vendito, possessione eius dominum intervertisset. — [3]) Vgl. Stintzing, Das Wesen von bona fides und titulus S. 38 f. 85 f. — [4]) Zu der Annahme der Möglichkeit eines furtum sah sich Pomponius vielleicht durch die Erwägung veranlasst, dass nach der recipirten gegentheiligen Meinung das Eigenthum an Grundstücken offenbar eine geringere Sicherheit genoss, als bewegliche Sachen. Denn die Möglichkeit, dass Jemand, der bona fide den Besitz eines Grundstücks von dem, der ihn heimlich an sich gebracht hatte,

Zwei Bedenken werden aber gegen die hier vertheidigte Auslegung vielleicht erhoben werden, die noch einer Widerlegung bedürfen.

Das Grundstück, um dessen Uebergabe es sich handelt, ist ein Erbschaftsgrundstück. Zugegeben, so wird man einwenden, dass Pomponius ein furtum an Grundstücken für möglich hielt, so wäre doch ein furtum an einem fundus hereditarius, solange die Erben von ihm nicht Besitz ergriffen haben, nicht möglich. Aber wir werden es doch, obwohl von der Besitzergreifung durch die Erben nichts gesagt wird, als das Normale vorauszusetzen haben, dass die Erben den Besitz bereits ergriffen haben.

Ferner wird man unserer Auslegung entgegenhalten, dass der amicus sich selbst ja nicht, bevor er die Uebergabe an den Käufer vornahm, in den Besitz gesetzt habe, dass es ihm ferner an dem animus furandi fehlte.

Es ist hier zuvörderst das Verhältniss zu prüfen, in welches der amicus in Folge des Auftrages zu dem Grundstück getreten ist. Man könnte daran denken, dass der Verkäufer, um ihn zur Uebertragung des Grundstückes auf den Käufer in den Stand zu setzen, ihm selbst zunächst die Detention desselben übertragen habe. In Ermangelung einer hierauf deutenden ausdrücklichen Bemerkung wird der Gedanke hieran jedoch abzuweisen sein, weil ein solches Vorgehen den Geschäftsgepflogenheiten in derartigen Dingen widersprechen dürfte[1]).

---

erworben hat, es usucapirte (cf. l. 37 § 1. l. 38 de usucap.), war bei beweglichen Sachen offenbar ausgeschlossen. Daraus, dass Pomponius Furtivität von Grundstücken aus dem angegebenen Grunde in Ansehung der Usucapion als möglich angenommen hat, würde übrigens nicht mit Nothwendigkeit folgen, dass er auch die Consequenz gezogen habe, dass eine a° furti in Betreff von Grundstücken zu geben sei, wie denn auch Ulpian (l. 25 de usucap. 47, 2) nur die Unanwendbarkeit der a° furti auf Grundstücke ausspricht, während allerdings Gaius in den oben angeführten Stellen die Consequenzen der herrschenden Meinung auch hinsichtlich der Ersitzbarkeit des Grundstückes zieht.

[1]) Bei einem Hause und bei befriedeten Grundstücken wird es die Regel bilden, dass der Herr dem mit der Uebergabe Beauftragten die Schlüssel aushändigt. Aber auch hierin wird man schwerlich eine Uebertragung der Detention sehen dürfen. Oder wird man etwa annehmen wollen, dass, wenn Jemand beim Verlassen seines Wohnortes die Schlüssel zu seinem leerstehenden Hause einem Freunde übergeben

Der Auftrag ist lediglich dahin zu deuten, dass der Mandatar sich mit dem Käufer auf das Grundstück begeben und ihm dasselbe in der üblichen Weise im Namen des Herrn übergeben solle. Will man ihn als „nuncius“ bezeichnen, so wird man vom Standpunkte der herrschenden Terminologie dagegen nichts einwenden können.

Aber wenn auch nach der in der späteren Zeit herrschenden Ansicht eine in körperlicher Besitzergreifung bestehende contrectatio und ferner der animus lucri faciendi zum Thatbestand des furtum gehörten, so ist doch bekannt, dass die veteres und auch noch Sabinus diesen Thatbestand viel weiter gefasst und ein furtum schon dann angenommen haben, wenn Jemand arglistig den Herrn um den Besitz der Sache brachte, ohne ihn für sich selbst zu ergreifen, und sein Dolus — ohne allen Eigennutz — sich lediglich auf die Besitzentziehung richtete[1]). Wenn wir nun ein derartiges Handeln von Pomponius in seinem Sabinuscommentar als furtum behandelt sehen, so werden wir auch hier wiederum eine Anlehnung dieses Juristen an eine Meinung des Sabinus finden dürfen, und zwar um so mehr, als er in einer anderen Stelle, in welcher er ausdrücklich von furtum spricht, eine jener Ansicht der veteres genau entsprechende Entscheidung fällt:

> Si pavonem meum mansuetum, cum de domo meo effugisset, persecutus sis, quoad is perit, agere tecum furti potero, si aliquis eum habere coeperit; —

so sagt er im 19. Buche seines Sabinuscommentars (l. 37 de furtis). Er nimmt also furtum an, lediglich weil der Thäter durch sein vorsätzliches Handeln bewirkt hat, dass das von ihm gehetzte Thier aus dem Gewahrsam seines Herrn gekommen und sein Cadaver in den Besitz eines Anderen gelangt ist.

---

hat, damit er von Zeit zu Zeit das Haus lüften und reinigen lasse, oder einem Makler, damit er es Kauflustigen zeigen könne, er ihm damit die Detention übertragen habe?

[1]) Vgl. l. 67 (66) de furt. Paul. l. VII ad Plaut. Eum qui mulionem dolo malo in ius vocasset, si interea mulae perissent, furti teneri, veteres responderunt. — Gellius N. A. XVIII, 11, 14: atque id etiam, quod magis inopinabile est, Sabinus dicit, furem esse hominis iudicatum qui cum fugitivus praeter oculos forte domini iret, obtentu togae, tamquam se amiciens, ne videretur a domino, abstitisset.

Mag der Thäter vielleicht selbst die Absicht gehabt haben, den Pfau sich anzueignen, so haftet er doch aus dem furtum nicht dieser Absicht wegen, auch nicht als Gehilfe zu einem von einem Andern verübten Diebstahl; denn dieser Andere kann möglicherweise das todte Thier bona fide, in der Meinung, es sei derelinquirt, occupirt haben; und jedenfalls hat der Erstere nicht gehandelt, um dem Letzteren den Diebstahl zu ermöglichen, wie dies z. B. in dem Falle der l. 52 § 13 de furtis (Ulpian) geschehen ist; er haftet vielmehr als fur lediglich wegen der vorsätzlichen Besitzentziehung.

Auch daraus endlich wird ein begründetes Bedenken gegen die Annahme eines furtum nicht hergeleitet werden dürfen, dass der Käufer durch die Tradition nur erhalten hat, was die Erben ihm schuldeten. Denn wenn auch unter dieser Voraussetzung die eigenmächtige Wegnahme der Sache durch den Gläubiger nur mit gewissen Beschränkungen als furtum erscheint — vgl. l. 14 § 1, l. 54 (53) § 4, l. 60 (59) de furtis — so ist es in unserem Falle doch nicht der Gläubiger, sondern ein Dritter, welchem die Contrectation zur Last fällt[1]).

[1]) Aus dieser Betrachtung ergiebt sich auch der Grund, aus welchem in l. 14 de Publ. a. 6, 2 die von dem Procurator trotz Verbotes des Herrn vorgenommene Tradition als rechtmässig behandelt und dem Käufer die exceptio „si non auctor meus ex voluntate tua vendidit" ertheilt wird. Der procurator hat in der Tradition der von ihm verkauften Sache eine Leistung an den Käufer beschafft, welche sich zugleich als die — allerdings eigenmächtige — Erfüllung einer dem Herrn ihm selbst gegenüber auf Grund des Mandats obliegenden Verpflichtung — der Verpflichtung nämlich, ihn von seiner Schuld gegenüber dem Käufer zu befreien, darstellt. Damit ist der Charakter seines Handelns als furtum von vornherein ausgeschlossen. Unzutreffend dagegen ist es, wenn v. Tuhr die Ertheilung der Einrede an den Käufer aus dem Rechte des an der Tradition interessirten procurator auf Deckung, also gewissermassen als eine Reflexwirkung des Rechtes des procurator erklärt. Die exceptio beruht vielmehr auf der Erwägung Papinians, dass es der Sachlage nach der Billigkeit entspreche, den Käufer in dem Besitze der Sache auch dem vindicirenden Herrn gegenüber zu schützen: statt dass dem Herrn als dem Eigenthümer die Sache zugesprochen, der Käufer dann auf den Evictionsregress gegen den procurator und dieser auf die a° mandati gegen den Herrn verwiesen wird, wird kurzer Hand „recta via" das Verhältniss zwischen den drei Betheiligten durch die Zurückweisung der rei vindicatio mittelst der oben bezeichneten — gewiss nicht edictsmässigen — exceptio, welche als das Gegenstück zu

Für die im Vorstehenden vertretene Auffassung unserer Stelle, welche vorläufig von den Einschiebseln „aut non prohibentibus heredibus“ und „aut cum sciret heredes id facere nolle“ absah, lässt sich nun aber gerade aus dem Vorhandensein dieser Einschiebsel eine Bestätigung entnehmen.

Es ist, wie schon oben angedeutet wurde, nicht wahrscheinlich, dass die Compilatoren diese auf das Verhalten der Erben und das Wissen des Mandatars um den Tod des Herrn bezüglichen Sätze ohne jeden Anhalt in dem Texte des Pomponius eingefügt haben. Vielmehr wird auch dieser die verschiedenen hier möglichen Combinationen und ihren Einfluss auf die Frage der Ersitzung zur Erörterung gezogen haben. Die Bedeutung jener beiden Momente ist aber darin zu suchen, dass einmal, auch wenn der animus furandi bei dem Thäter besteht, der Herr aber der Wegnahme zustimmt, ein furtum nicht vorliegt[1]; dass es ferner an dem animus furandi fehlt, wenn der Thäter irrthümlicherweise die Zustimmung des Herrn voraussetzt[2].

Beide Momente sollten nun gewiss — wie aus den beiden eingeschobenen Stücken, welche die Compilatoren bei Pom-

---

der gleichfalls auf Papinian zurückzuführenden a° quasi institoria bezeichnet werden kann, mit einem Schlage erledigt. Auf die Theorie v. Tuhrs von dem Recht auf „Deckung“, für welche er aus l. 14 cit. eine Bestätigung zu gewinnen sucht, kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden.

[1]) Cf. l. 92 (91) de furtis (Labeo l. II pith. a Paulo epitom.): Si quis cum sciret quid sibi subripi, non potest furti agere. (Der von Paulus dazu geäusserte Widerspruch bezieht sich nur auf besondere Gestaltungen der Sachlage.) L. 46 § 8 eod. § 8 I. 4, 1. l. 20 § 1 de furt. 6, 2. — [2]) l. 43 § 6 u. 10 de furtis, l. 46 § 7 eod. § 7 I. 4, 1. — Dass furtum dann vorliege, wenn der Thäter das Fehlen der in Wahrheit vorhandenen Einwilligung des Herrn in die Wegnahme irrthümlich voraussetzt — l. 46 § 8 de furtis (Pomponius bei Ulpian) — das ist gleichfalls eine der Ansichten, mit welchen Pomponius sich in der Lehre vom furtum von den anderen Juristen absondert, in der er sich aber mit Neratius in Einklang befand (cf. l. ult. expil. her. 47, 19). Dass letzterer Jurist übrigens auch in dem Punkte des furtum von Grundstücken den veteres sich anschloss, könnte man für möglich halten, wenn man liest, wie er in l. 44 de don. i. v. et u. 24, 1 Nichtwissen des dritten Schenkers um das Eigenthum des Mannes an der geschenkten Sache für die Usucapion der Frau fordert, ohne zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen zu unterscheiden.

ponius in einer sinngemässen Stellung vorgefunden haben werden, sich trotz der Verkehrtheit ihrer Stellung in unserem Texte noch mit Sicherheit erkennen lässt — angedeutet werden. Mit den Worten „aut non prohibentibus heredibus“ sollte darauf hingewiesen werden, dass ein furtum nicht vorliege und darum possessio recte tradita sei, wenn die Erben, deren Wissen um die sich vollziehende oder vom amicus beabsichtigte Tradition wir natürlich voraussetzen müssen (vgl. auch l. 92 (91) de furtis), ihm nicht entgegentreten. Aus dem Satze „aut cum scirent heredes id facere nolle“ ferner folgt arg. a contr. — was in den Basiliken mit directen Worten ausgesprochen ist —, dass, wenn der um den Tod des Mandanten wissende Mandatar nicht weiss, dass die Erben die Tradition nicht wollen, ein furtum nicht anzunehmen sei, der Usucapion daher nichts entgegenstehe. In der Regel wird allerdings das blosse Nichtwissen von dem Mangel der Zustimmung des Herrn den Dolus des Thäters nicht ohne Weiteres ausschliessen[1]). Aber in einem Falle wie dem vorliegenden durfte doch der Mandatar, wenn ihm die Erben nicht die Tradition untersagten, sich zu der Annahme berechtigt erachten, dass sie gegen die Uebergabe, zu welcher sie aus dem Kaufvertrage verpflichtet waren, nichts einzuwenden hätten[2]).

Lassen sich somit die beiden Einschiebungen mit der hier vertheidigten Auslegung des übrigen Theiles der Stelle vollständig vereinbaren, und lassen sie sich, soweit ich wenigstens zu sehen vermag, auch anders als aus dem Zusammenhange mit den Grundsätzen vom furtum nicht erklären, so gewinnt gerade aus ihnen die von mir gegebene Deutung der Stelle eine erhebliche Verstärkung.

Dass den Compilatoren allerdings der Zusammenhang der Entscheidung des Pomponius mit dem furtum nicht entfernt

[1]) Vgl. z. B. l. 48 § 3 de furtis. — [2]) Dies ist denn auch der Grund, aus welchem die Erben, wenn sie die Tradition nicht geleistet wissen wollten, eine Verbotserklärung an den amicus, auch wenn er von dem Tode wusste, für nöthig erachtet haben würden. Sie mussten befürchten, dass er, wenn sie nicht widersprächen, das erloschene Mandat als von ihrer Seite erneuert ansehen könnte. Das prohibere war hier also nicht, wie v. Tuhr (vgl. oben S. 209 Anm. 1) annimmt, Widerruf eines Auftrages, sondern Protestation gegen die Unterstellung einer von ihnen nicht gehegten Absicht.

zum Bewusstsein gekommen ist (denn Pomponius hat ihn gewiss nicht durch ausdrücklichen Hinweis auf furtum erkennbar gemacht, sondern dem mit seiner Sondermeinung und den Ansichten des Sabinus bekannten Leser zu errathen überlassen, wie ja auch Neratius in der oben citirten l. 44 de don. i. v. e. u.[1]) den Einfluss des furtum auf die Entscheidung nur zwischen den Zeilen lesen lässt), das wird man als sicher ansehen dürfen. Denn sie hätten, da sie selbst ja offenbar die unter den classischen Juristen in Betreff des furtum an Grundstücken herrschende Lehre approbirt hatten, die Stelle sonst nicht in das Gesetzbuch aufnehmen können. Aber eben darum, weil sie mit ihr nichts Rechtes anzufangen wussten, haben sie es fertig bringen können, durch Zusammenziehen, Wegschneiden und Versetzen einen gewiss im Original klar und logisch lautenden Ausspruch des Pomponius bis zur Sinnlosigkeit zu entstellen.

Der Sinn der Pomponiusstelle in ihrer ursprünglichen Gestalt wird nach alledem der folgende gewesen sein:

1. Hat der Mandatar von dem Tode des Verkäufers nichts gewusst, so hat er recte tradirt, so dass der Käufer die Sache usucapiren kann.

2. Hat er von dem Tode gewusst und hat a) der Erbe ihm die Tradition untersagt, oder b) der Erbe dies zwar nicht gethan, der Mandatar aber auf andere Weise erfahren, dass der Erbe die Tradition durch ihn nicht wolle, so hat er ein furtum begangen, also nicht recte tradirt, und das Grundstück ist deshalb als furtiv nicht ersitzbar.

[1]) L. V. membranarum: Si extraneus rem viri ignorans eius esse ignoranti uxori ac ne viro quidem sciente eam suam esse donaverit, mulier recte eam usucapiet. — Neratius hebt hier die Nothwendigkeit des recte erfolgenden Erwerbes auf Seiten des Empfängers, welche Pomponius in unserer Stelle als selbstverständlich unerwähnt lässt, ausdrücklich hervor. Das Nichtwissen des Ehemannes, welches Neratius gleichfalls fordert, ist nicht darum verlangt, weil es eine Voraussetzung der usucapio überhaupt darstellt, sondern weil durch die wissentliche Zulassung der Schenkung seiner Sache seitens des Mannes das Geschäft den Charakter einer donatio inter virum et uxorem annehmen würde, welche auch durch Usucapion nicht zur Perfection gebracht werden darf.

Giebt man zu, dass unsere Stelle in Bezug auf Furtivität und Ersitzung von Grundstücken eine Auffassung zur Geltung bringt, welche mit dem im justinianischen Gesetzbuche recipirten Recht in Widerspruch steht, so muss man ihr selbstverständlich die Geltung auch für das gemeine Recht absprechen, während allerdings die Anwendbarkeit der in ihr vorgetragenen Sätze für bewegliche Sachen sich nicht bestreiten lässt.

Kaum einer Bemerkung bedarf es, dass der Stelle für das neue bürgerliche Recht auch nur theoretische Bedeutung nicht zukommen wird, — für unbewegliche Sachen nicht, da eine Ersitzung von Grundstücken im bürgerlichen Gesetzbuch nicht zugelassen ist; für bewegliche nicht, weil der Auftrag und die auf ihm beruhende Vollmacht durch den Tod des Auftraggebers nach B.GB. § 672. 167 nicht erlöschen, und weil Furtivität nach dem neuen bürgerlichen Rechte die Ersitzung nicht hindert.

VII.

Zur Sprache der Gaianischen Digestenfragmente.[1]

Von

Herrn Professor Dr. **Eduard Grupe**
in Buchsweiler i/E.

Zweiter Theil.

Es handelt sich im Folgenden um die Besprechung der Fragmente aus der Gaianischen Schrift „rerum cotidianarum libri VII" (Lenel 486—506), die zum grossen Theile in den Justinianischen Institutionen wiederkehren.

---

[1]) Vgl. Band XVII Rom. Abth. S. 311—323. Ich benutze diese Gelegenheit zu der Erklärung, dass meine S. 314 vorgetragene Ansicht, P. Krüger hätte in Cod. 5, 13, 1, 14 statt 'si lis contestata *erat*' gegen die Hdschr. *esset* geschrieben, sich als irrig herausgestellt hat.

1. Das Fragment bei Lenel 487 (= Dig. 40, 4, 24):
nominatim videntur liberi esse iussi, qui vel ex artificio vel officio vel quolibet alio modo evidenter denotati essent, veluti 'dispensator meus' 'cellarius meus' 'cocus meus' 'Pamphili servi mei filius'

enthält trotz seiner Kürze m. E. einiges Wenige, das mir mit Gaius' Diction nicht übereinzustimmen scheint. Da ist zunächst der Ausdruck *evidenter denotati essent*, für den Gaius gewiss das bei ihm in solchen Fällen stets verwendete *significare* gesetzt hätte, ein Verbum, für das Elvers in seinem Promptuarium (S. 698) über ein Dutzend Stellen anführt, während *denotare* nur in der Coll. L. M. 10, 2, 3 noch einmal vorkommt und *evidenter* nach meinen eigenen (s. d. Zeitschr. Bd. XVII, S. 321) und H. Krügers Ausführungen (i. d. Zeitschr. für lat. Lexikographie Bd. X, S. 252) speciell justinianisch ist. Dann darf auch etwas scheinbar so Unbedeutendes wie *quolibet alio modo* nicht ausser Acht gelassen werden. Gaius hätte entweder *aliquolibet modo* (cf. Gai. II 87; die dieser entsprechende Stelle Dig. 41, 1, 10 setzt auch dafür *ex qualibet alia causa*, s. d. Zeitschr. Bd. XVI, S. 315) oder bloss *quolibet modo* (cf. G. II 156; IV 71. 153; Dig. 41, 1, 5, 6) oder ähnlich (vgl. *quocumque modo* I 15; *quoquo modo* III 217) geschrieben. Dagegen ist der Zusatz von *alio* in solchen und ähnlichen Ausdrücken so recht justinianisch; man vergleiche *nulla alia qualibet* persona Cod. 1, 27, 2, 17[a]; *alii cuilibet* Cod. 9, 13, 1, 1[g] (s. auch die Zusammenstellung *alii cuiuslibet ordinis iudices* Cod. 9, 13, 1, 1[c]) und besonders *alio quocumque modo* Cod. 1, 14, 12, 3; *quibuscumque aliis collatoribus* Cod. 1, 27, 1, 15; *vel alias quascumque res* Cod. 4, 18, 2, 1 (s. auch d. Zeitschr. Bd. XIV, S. 235).

2. Dem Fragment 489 (= Dig. 40, 9, 10) entspricht in den Institutionen I 6, 3. Ich stelle die beiden Stellen einander abschnittsweise gegenüber:

Dig.	Inst.
In fraudem creditorum manumittere videtur, qui vel iam eo tempore, quo manumittit, solvendo non est vel datis libertatibus desiturus est solvendo esse.	In fraudem *autem* creditorum manumittere videtur, qui vel iam eo tempore, quo manumittit, solvendo non est vel *qui* datis libertatibus desiturus est solvendo esse.

Mehr weist in dieser Partie nur der Institutionentext auf mit seinem *autem* und seinem *qui* hinter *vel.* Ueber *autem* ist kein Wort weiter zu verlieren, es dient der regelrechten Verknüpfung der Sätze. Dagegen ist das *qui* hinter *vel*, das, da doch mit ihm keine neue Person bezeichnet wird, rein parasitisch ist, ebenso gesetzt wie Cod. 1, 3, 53, 1 *qui* . . . *commiserint et qui* . . . . *praebuerint,* . . . *interficiantur* und damit als Justinianischer Zusatz erkannt, zumal sich Gaius vor etwas Aehnlichem wohl hütet, vgl. I 13 *quive* . . . *traditi sint inve ludum* . . . *coniecti fuerint et postea* . . . *manumissi* oder II 59 *nam qui rem* . . . *dederit vel in iure cesserit* oder IV 104 *quae in urbe Roma vel intra primum urbis Romae miliarium* . . . *accipiuntur.* Dann geht es weiter:

Dig.	Inst.
a) (Vacat.)	a) praevaluisse tamen videtur, nisi animum quoque fraudandi manumissor habuit, non impediri libertatem, quamvis bona eius creditoribus non sufficiant.
b) Saepe enim de facultatibus suis amplius quam in his est sperant homines.	b) Saepe enim de facultatibus suis amplius quam in his est sperant homines.
c) Quod frequenter accidit his, qui transmarinas negotiationes et aliis regionibus, quam in quibus ipsi morantur, per servos atque libertos exercent: quod saepe, attritis istis negotiationibus longo tempore, id ignorant et manumittendo sine fraudis consilio indulgent servis suis libertatem.	c) (Vacat.)

Was ich mit *a* bezeichnet habe, was also nur die Institutionen bieten, ist sicher gaianisch; man vergleiche nur zu *praevaluisse* G. III 114; zu *animum fraudandi* III 91 und II 68; zu *impediri libertatem*, was ein *libertas impeditur* voraussetzt, G. I 37. 44; ebenso ist *quamvis* und *sufficere* mit zahlreichen

Stellen aus Gaius zu belegen, während gerade *quamvis* bei Justinian selten ist (vgl. d. Zeitschr. Bd. XVI, S. 317); ausserdem schliesst sich *b* ganz anders, nämlich besser, an *a* an, als an das dem *a* Vorhergehende, man braucht nur den Text, den die Institutionen bieten, hinter einander zu lesen. Der Digestenredactor hat also *a* einfach gestrichen.

Dagegen verhält es sich mit dem durch *c* Abgesonderten anders: *frequenter* ist nicht gaianisch, steht dagegen im Codex Iustinianus z. B. 1, 27, 2, 16 | 8, 37, 14 | 7, 6, 1, 9 (frequentissime); *transmarinus* steht nach Dirksen (Manuale p. 968) nur in den Novellen und im Cod. Theod.; *atterere* bietet bloss Cod. Theod.; *indulgere libertatem* hat Cod. 6, 27, 5, 1[d], wie denn *indulgere* so zu sagen ein Lieblingswort Justinians ist, z. B. De Iust. cod. conf. § 4; Cod. 1, 3, 51, 4; 1, 17, 2, 20; 4, 27, 2, 1; 7, 63, 5, 1[a]; 6, 30, 22, 13[a]; 6, 31, 6, 2. Dass nach vorausgegangenem *quod frequenter* ein *quod saepe* folgt, entspricht dem sattsam constatirten Abwechselungsbestreben. Wir glauben nicht fehlzugreifen, wenn wir *c* als Justinianischen Zusatz stigmatisiren.

3. Bei Fragment 492 (= Dig. 41, 3, 36) möchte ich darauf hinweisen, dass unter Auslassung des Accusativ-Subjects *eam* gesagt wird: *veluti si heres rem . . . existimans* ⊥ *hereditariam esse alienaverit.* Bei Gelegenheit der Besprechung eines gleichen Falles im Fragment 19 (= Dig. 35, 1, 17) ist bereits auf die Häufigkeit dieser Laxheit im Codex Iustinianus hingewiesen worden (s. Bd. XVII, S. 313). Wie Gaius schreibt, zeigt die analoge Stelle in den Institutionen II 50: *nam si heres rem . . . existimans* ***eam*** esse hereditariam *vendiderit.*[1])

4. Wenn man Fragment 493 (= Dig. 41, 3, 38) unter Berücksichtigung von Gaius II 51 mit Inst. 2, 6, 7 zusammenhält, so erscheint es als unzweifelhaft, dass

Dig.	Inst.
quam rem ipse quidem non potest usucapere, quia intellegit *alienum* se possidere et ob id mala fide possidet. Sed si	qui quamvis ipse mala fide possidet, quia intellegit se alienum fundum occupasse, tamen, si . . . .

---

[1]) Fragment 491 (= Dig. 41, 1, 1; 3; 5; 7) findet seine Besprechung am Schlusse dieser Arbeit von S. 220 an.

der Anfang in der Institutionenrolle originaler klingt, weil er kunst- und stilvoller gebaut ist als der der Digestenstelle, in der 1. auf ein vorhergehendes *quam rem* sich nachher ein *alienum* bezieht und 2. die regelrechte Periode (qui quamvis . . . ., quia . . . ., tamen, si . . . ., poterit . . . adquiri) grob in zwei durch *sed* zusammengekuppelte Hälften zerschnitten ist, während Gaius Perioden mit *quamvis* (licet) . . . *tamen* durchaus geläufig sind, vgl. I 41; II 171. 244. 289.

5. Dafür, dass im Fragment 494 (= Dig. 7, 1, 3) der § 1:

> constitit autem usus fructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et iumentis ceterisque rebus

ein erklärender, erweiternder Zusatz ist, spricht (neben seiner Ueberflüssigkeit) 1. *non tantum . . . verum etiam,* vgl. Cod. 12, 17, 4 (*non solum — verum etiam* Cod. 1, 31, 5, pr.; 8, 36, 5, 2); Gaius hat einmal in den Institutionen *verum et*: I 97; 2. die Verbindung *in servis et iumentis ceterisque rebus*; vgl. Cod. 1, 2, 21, pr.: *sacratissima atque arcana vasa vel vestem ceteraque donaria* | Cod. 4, 21, 20, 4: *tam in — quam in — nec non — ceterisque omnibus indiciis.*

6. Fragment 497 (= Dig. 8, 4, 16) trägt gegenüber Inst. II 3, 4 die Spuren redactioneller Aenderungen deutlich zur Schau. Die Digestenstelle hat den technischen Ausdruck *ne altius tollat* (cf. G. II 31; IV 3) erklärend erweitert in *ne altius aedes suas tollat*; indem dann die Verbindung *aedium vicini* in *aedium vicinarum* — eine in späterer Zeit nicht ungewöhnliche Erscheinung, statt des attributiven Genitivs eines Substantivs ein entsprechendes Adjectiv zu setzen, vgl. meinen Index verborum et locutionum zu Apollinaris Sidonius[1]) S. 451 — verändert wurde, passt eigentlich das folgende *eum*, was sich in der Institutionenstelle auf *vicini* bezieht, nicht; das Gefühl dafür kommt aber erst nachher bei *vicinum . . . ire agere etc.* für das *eum* der Institutionenstelle zum Durchbruch. Endlich stimmen die Zusätze in der Digestenstelle: (stillicidia) *adversus eum* (habere) | (per fundum) *suum vel heredis* (ire) nur zu gut zu der Manier des Justinianischen Redactors (vgl. d. Zeitschr. Bd. XIV, S. 234).

[1]) Monumenta Germaniae historica, auct. antiquiss. tom. VIII (ed. Chr. Luetjohann), Berolini 1887.

7. Fragment 498 (= Dig. 44, 7, 1) zeigt in den Worten des Schlusses von § 2:

postea alias recepturi eiusdem generis et qualitatis

gegenüber

Inst. III 14, pr.	und Gaius III 90
ut . . . nobis non eaedem res, sed aliae eiusdem naturae et qualitatis reddantur	ut . . . nobis non eaedem res, sed aliae eiusdem naturae reddantur

Justinianische Mache in der angehängten, das Eintreten einer Handlung in der Zukunft bezeichnenden Participialconstruction, vgl. Cod. 12, 19, 15, 1: *alios pro se — subrogare ultimum locum obtenturos* und 5, 51, 13, 3 *neque . . . fruituri* (s. auch 2, 3, 30, 1 *quasi omnimodo hereditate ad eos perventura*).

§ 3 hat gegenüber Inst. § 2 die ursprüngliche Gestaltung bewahrt. Alles, was die Institutionen anders enthalten, d. h. die Verwandlung der activen Construction *(cui rem aliquam commendamus)* in die passivische *(cui res aliqua commendatur)*, ist die Folge davon, dass der Kaiser es ist, der hier in der 1. Pers. Pl. spricht (s. auch § 5 = Inst. III 14, 3); was sie mehr enthalten, ist grösserer Klarstellung dienender, erweiternder Zusatz, der in den Ausdrücken *longe distat, namque* besonders zu Tage tritt, da G., wie I 3 und III 121 zeigen, nur *eo distat, quod* kennt.

§ 4 dagegen enthält gegenüber dem entsprechenden Abschnitte in § 2 der Institutionenstelle, in der sich allerdings ein *aliquo fortuito casu* (Dig. *aliquo casu)* befindet, wozu vgl. Cod. 4, 34, 12; 4, 20, 18, 1; 4, 29, 25, 1; 4, 34, 12; 5, 12, 31, 1 u. s. w., neben ganz untrüglich Gaianischem wie *sane,* (praestare) *iubetur, si modo, alioquin* dem Sprachgebrauch der Compilatoren Geläufiges, nämlich 1. *alias* = sonst, s. Cod. 4, 34, 12 *vel alias fortuito casu impeditus* cf. 5, 17, 11, 1; 5, 35, 3, 2; 5, 37, 28, 4; 6, 41, 1, 1 (nicht bei Gaius); 2. praestare *compellitur* (für oben *iubetur*) cf. Cod. 1, 3, 54, 2 u. 3; 2, 55, 4, 1 und sonst sehr oft; 3. *veluti si quasi amicos ad cenam invitaturus . . . argentum secum portare voluerit:* hier ist *quasi* = dem gr. *ὡς* c. part., wie *quasi* in Cod. 2, 3, 30, 1 *quasi omnimodo hereditate ad eos perventura;* vgl. auch 4, 29, 23, 3: *quasi penitus nullo in eadem causa subsecuto.*

Andererseits zeigt im Weiteren der Text der Digesten gegenüber dem anderen mehr Gaianisches, so

§ 5 *quia qui neglegenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet* (vgl. Dig. 17, 2, 72 = Inst. III 25, 9; Dig. 18, 6, 16) gegenüber § 3 der Inst.: *suae facilitati id imputare debet,* vgl. dazu Cod. 1, 17, 1, 7 | 4, 29, 22, 1 | 6, 61, 8, 1 | 7, 7, 1; und ferner

§ 6 *tenetur ... tenetur,* dagegen § 4 der Inst. *obligatur — tenetur,* eine Folge des bekannten Abwechselungsbestrebens. Schliesslich entspricht der Zusatz in § 15 (Inst. III 19, 7) von *de eo* vor *qui omnino non exaudit* der schon früher constatirten Justinianischen Gepflogenheit (s. d. Zeitschr. Bd. XVI, S. 301).

8. Fragment 503 (= Dig. 17, 1, 2) bietet in § 1 die bei Justinian beliebte Modusverschiedenheit (cf. d. Zeitschr. Bd. XVI, S. 306) geradezu mustergültig: *veluti si tibi mandem, ut ... geras vel ut ... emeres vel ut fideiubeas* und im § 6 das (s. Bd. XVI, S. 316) dort ebenfalls sich grosser Gunst erfreuende *quia* (für Inst. III 26, 6 *cum),* das auch

9. im Fragment 502 (= Dig. 17, 2, 72) gesetzt ist für das in den Institutionen (III 25, 9) stehende *nam.* Ausserdem enthält diese Digestenstelle, die den Originaltext, wie Inst. III 25, 9 zeigt, zu Beginn scharf zusammengezogen hat, noch eine Justinianische Besonderheit: für *sufficit enim* ist *sufficit etenim* gesetzt, wozu man vergleichen möge d. Zeitschr. Bd. XVI, S. 303 und die Stellen Cod. 1, 3, 54, 2; 1, 17, 1, 3; 1, 17, 2, 6[a] u. 10 u. 17; 1, 51, 14, 3; 4, 27, 2; 5, 13, 1, 13 u. s. w.

10. Fragment 506 (= Dig. 44, 7, 5): Bereits S. 319 des Bd. XVII ist auf *longe magis* im pr. als verdächtig hingedeutet worden. So scheint mir denn auch nach den Worten *sed utilitatis causa receptum est invicem eos obligari* das darauf folgende

> ideo autem id ita receptum est, quia plerumque homines eo animo peregre proficiscuntur quasi statim redituri etc. bis zum Schlusse des pr.

eine von dem Redactor hinzugefügte Amplification zu sein wegen 1. *eo animo quasi* c. part. fut. (s. oben S. 218); 2. wegen *ex necessitate* vgl. 6, 40, 2, pr. und 5, 37, 26, 3 (s. auch ähn-

liche Verbindungen 4, 1, 12, 1[a]; 5, 4, 28, 4; 5, 17, 11, 2; 5, 37, 25, 1); 3. wegen *disperire* statt *perire* und des *invadere negotia.*

Andererseits macht bei einer Gegenüberstellung des § 1 der Digestenstelle und des § 2 von Inst. III 27

Dig.	Inst.
non tantum enim pupillus cum tutore sed et contra tutor cum pupillo habet actionem	non tantum enim pupillus cum tutore *habet tutelae actionem,* sed et *ex contrario* tutor cum pupillo habet *contrariam tutelae.*

der Institutionentext wegen seiner Zusätze, wie wir deren schon oft begegnet sind, und wegen der Aenderung des *contra* in *ex contrario* den Eindruck des Ueberarbeiteten; *contra* und *ex contrario* kennt Gaius, Justinian aber begünstigt, soweit ich sehe, ausschliesslich *ex contrario,* s. Cod. 6, 40, 3, 2; 6, 43, 21; 6, 61, 81; 7, 45, 14; 8, 53, 34, 3.

Das aus vielen Stücken zusammengesetzte Fragment bei Lenel Nr. 491 (= Dig. 41, 1, 1; 3; 5; 7) beginnt Buch 41 der Digesten. In den Erweiterungen gegenüber Inst. II 1, 11 *quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur* und *id est iure proprio civitatis nostrae* glaube ich so zu sagen Lesefrüchte, Reminiscenzen des Redactors aus Gai inst. I erkennen zu dürfen, bestimmt z. Th. durch *id est* (vgl. d. Zeitschr. Bd. XIV, S. 235) und dadurch, dass doch sonst die Verfasser der Institutionen Angesichts ihres Leserkreises mit solchen Zusätzen nicht kargen, sie also, meine ich, wohl stehen gelassen haben würden, wenn sie sie in ihrem Originale gefunden hätten. Nun zu den folgenden Sätzen:

Dig.	Inst.
a) et quia antiquius ius gentium cum ipso genere humano proditum est, opus est, ut de hoc prius referendum sit.	a) commodius est itaque a vetustiore iure incipere. palam est autem vetustius esse naturale ius, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit;
	b) civilia enim iura tunc coeperunt, cum et civitates condi et magistratus creari et leges scribi coeperunt.

Das Latein in *a* der Institutionenstelle ist gaianisch: *commodius est* = G. I 134. II 146 | *incipere a* = G. III 100. 158. IV 161 | *vetustus* = G. III 141 | *palam est* = G. II 78. III 18, 105. IV 55, 181 | *rerum natura* = G. II 203. Dagegen giebt *a* der Digesten einen sprachkünstlerisch verpfuschten Text: *proditum est, opus est,* welch eine Aufeinanderfolge! und dann dieser Pleonasmus: *opus est, ut . . . referendum sit,* während Gaius in den Institutionen (z. B. IV 69) *opus est, ut . . . admoneamus* sagt. Indessen erfüllen die Worte in *b* der Institutionenstelle mit Misstrauen, einmal wegen ihres hausbackenen Inhalts, der allerdings für ein Schulbuch oft von Werth ist, wo die repetitio als mater studiorum gilt, dann, weil Gaius bei *coepisse,* wie sich's gehört, *esse* setzt, also hier *tunc esse coeperunt* gesagt hätte, cf. G. I 59. 61. 186. 196. II 212. III 56. IV 77. 78.

Gegenüber § 12 der Institutionen, wo steht *potest a domino, si id providerit, iure prohiberi, ne ingrederetur,* hat der Digestentext (41, 1, 3, **1**), der *iure* nicht bietet und *ingrediatur* schreibt, wohl das Ursprüngliche, wenn wir uns früher über Erweiterungen und Modusverschiebungen Gesagtes vor Augen halten; ebenso giebt in 41, 1, 5, 1 *illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut . . .* gegenüber Inst. § 13 (i. qu. e., an, *si* fera bestia etc.) das Originale, wenn man das S. 335 im Bd. XV Aufgezeigte heranzieht, wo Analoges für Cod. Theod. und Cod. Iust. belegt worden ist.

Dig. 41, 1, 5, **2** ist dagegen, während in Inst. II 1, 14 beide Male dasselbe Verbum *includere* verwendet wird (*includantur* und *incluserit,* cf. G. III 219), einmal *concludantur* gebraucht, gewiss aus Streben nach Wechsel, wobei aber nicht ausser Acht bleiben soll, dass *concludere* im Gegensatz zu *includere* bei Justinian sehr beliebt ist; z. B. steht es Cod. 4, 18, 2, 1; 4, 30, 14, 1; 5, 27, 11, 4; 6, 51, 1, 9[c]; 7, 31, 1, 2; 7, 40, 1, 1[b]; 8, 53, 34, 4[a], während *includere* vergeblich gesucht wird.

Wenn Dig. 41, 1, 5, **3** für *quilibet eximere potest* (so Inst. II 1, 14) geschrieben wird *sine furto quilibet possidere potest,* so entspricht dies einem schon früher (z. B. in d. Zeitschr. Bd. XIV, S. 226) constatirten Streben nach handgreiflicher Deutlichkeit. Im Weiteren ist die ganze Stelle *sed ut supra quoque diximus, qui in alienum fundum ingreditur, potest a*

domino, si is providerit, iure prohiberi, ne ingrederetur, wie 1. *sed ut supra quoque diximus* (vgl. Cod. 4, 20, 20; 6, 61, 6, 3ª u. öfter) und 2. *ingrederetur* (s. Bd. XVI, S. 306) zeigen, gegenüber dem Texte der Institutionen *plane integra re* (= G. IV 123), *si provideris ingredientem in fundum tuum, potes eum iure prohibere, ne ingrediatur* spätere Arbeit.

In § 5 der Digestenstelle ist statt *ire et redire soleant,* was die Institutionen haben, *eant et redeant* gesetzt gemäss dem Streben nach Abwechselung, da *ire et redire solent* vorangeht und nachfolgt.

Im § 6 der Digestenstelle machen die Worte

> palam est enim alias esse feras gallinas et alios feros anseres

den Eindruck des — noch nicht einmal recht verständlich! — Zusammengezogenen gegenüber der Darstellung in den Institutionen (§ 16):

> idque ex eo possumus intellegere (cf. G. I 126 ex his intellegere possumus, quae ...), quod aliae sunt gallinae, quas feras vocamus, item (= beliebt bei G., Elvers zählt Dutzende von Stellen) alii anseres, quos feros appellamus (vgl. G. II 21: quorum alia stipendiaria, alia tributaria vocamus).

Gegenüber Dig. 41, 1, 7, 1 *(praeterea quod ... adicit)* und 41, 1, 7, 3 *(insula, quae in mari nascitur)* zeigt Inst. II 1, 20 *adiecit* und § 22 *nata est,* eine präcisere Bezeichnung des Zeitverhältnisses, von der schon Bd. XV, S. 332 als den Nacharbeitern geläufig die Rede war. Ferner schreibt § 3 der Digestenstelle hinter einander: *praedia ... praedia ... praedia,* ebenso § 5; dagegen wechselt § 22 der Institutionenstelle ab: *praedia ... fundi ... praedia,* ebenso § 23 *praedia ... agri ... praedia.* Hier ist also überall der Digestenredactor conservativer als sein Institutionencollege.

Was § 4 der Digestenstelle angeht:

> quod si uno latere perruperit flumen et *alia parte* novo rivo fluere coeperit, deinde infra novus iste rivus in veterem se converterit, ager, qui a duobus rivis comprehensus in formam insulae redactus est, eius est scilicet, cuius et fuit,

so stellt sich die entsprechende Institutionenstelle II 1, 22

> quodsi *aliqua parte* divisum flumen, deinde infra *unitum* agrum alicuius in formam insulae redegerit, eiusdem permanet is ager, cuius et *fuerat*

mit ihrem *unitum* (= Cod. 1, 1, 8, 9) und dem verschobenen Plusquamperfectum *fuerat* (für *fuit*)[1]) als nachgebildet heraus, ebenso der folgende § 23 gegenüber § 5 der Digesten, in welchem nur — der Abwechselung wegen — das in den Institutionen bewahrt gebliebene *alia parte* in *alias* geändert wurde.

In Dig. 41, 1, 7, 13, wo die Inst. II 1, 31 nach ganz und gar verändertem Anfange schreiben

> adeo . . ., *ut*, si vicini arborem ita terra Titi⟨us⟩ presserit, ut in eius fundum radices ageret, Titii effici arborem *dicimus*,

steht *his conveniens est, quod, si* . . . . ., *meam effici arborem*, was Gaius nicht geschrieben haben kann (s. I 82), was aber wohl stimmt zu Cod. 1, 17, 2, 21 *ut paene omnem Romanam sanctionem esse confusam* und 6, 27, 5, 1[d] *tanta benevolentia effusa est, ut . . . quasi inunctam et libertatem esse videri.*

Ich glaube diese Untersuchung, indem ich ihre Resultate für sich selbst sprechen lasse, mit der Behauptung schliessen zu dürfen, dass die am Ende des im Bande XVI erschienenen Aufsatzes ausgesprochene Vermuthung, wie die Gaianischen Institutionenfragmente, seien auch die übrigen Gaianischen Fragmente nach denselben Gesichtspunkten überarbeitet worden, ihre Bestätigung gefunden hat.

---

[1]) So auch Inst. II 1, 29 *fuerat*, desinit für Dig. 41, 1, 7, 10 *fuit*, desinit und § 31 cuius et *fuerat* für Dig. 41, 1, 7, 13 cuius et *fuit*. Vgl. über dieses Plusquamperf. die Schrift Blases „Geschichte des Plusquamperfects im Lateinischen" (Giessen 1894), der aber die Juristen gar nicht berücksichtigt hat, und meine Recension in der N. Philol. Rundschau, Jahrgang 1895 S. 270.

VIII.

Neue Paulus-Bruchstücke aus Aegypten.

Von
Herrn Professor **Paul Krüger**
in Bonn.

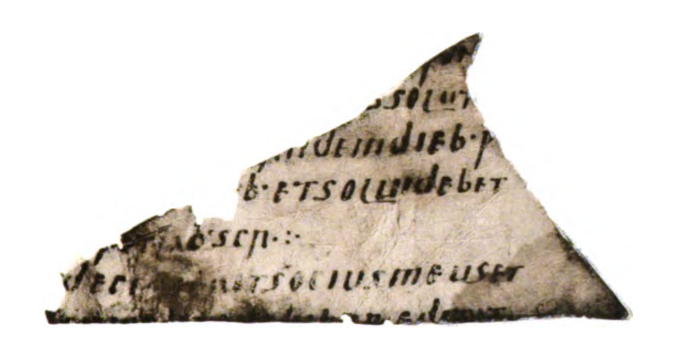
Durch einen ägyptischen Fund ist die vorjustinianische Litteratur wieder um ein kleines Bruchstück vermehrt worden. Herausgegeben ist dasselbe von Grenfell und Hunt in den Greek Papyri II Series: New classical fragments and other Greek and Latin Papyri (Oxford 1897) S. 156 unter N. CVII. Es steht auf einem Pergamentfetzen, der sich jetzt in Oxford in der Bodlejana befindet (MS Lat. class. g. 1 P.). Hunt vermuthet, dass er im Fayyûm gefunden sei. Der beifolgende Lichtdruck ist nach dem Original hergestellt.

Dass wir es hier mit Bruchstücken aus *Paulus lib. XXXII ad edictum* zu thun haben, hat sich sofort aus einer Vergleichung mit den im Digestentitel *Pro socio* (17, 2) enthaltenen Auszügen *l.* 65 und 67 ergeben. Daraus bestimmte sich auch das Verhältniss von Vorderseite und Rückseite[1]). Die Beziehung der Rückseite auf *l.* 67 § 1 entdeckte F. P. Bremer; die Vorderseite entspricht unverkennbar, wenn auch mit einigen Abweichungen, der *l.* 65 § 16[2]). Ich stelle den Text der Digesten und die ergänzten Bruchstücke neben einander:

Dig. 17, 2, 65 § 16.

Si unus ex sociis maritus sit et distrahatur societas manente matrimonio, dotem ma-

[1]) Der erhaltene Rand könnte auch Zwischenrand zwischen zwei Kolumnen sein. — [2]) Inzwischen hat auch Scialoja die Beziehung der Bruchstücke auf die angegebenen Digestenstellen erkannt; vgl. Rendiconti della R. Accademia dei Lincei 20./6. 97 S. 236 f.





ritus praecipere debet, quia apud eum esse debet, qui onera sustinet; quod si iam dissoluto matrimonio societas distrahatur, eadem die recipienda est dos, qua et solui debet.

q[ui] on[e|ra sustinet; quod si iam di]ssolut[o | matrimonio [societas distrahatu]r, isdem[1]) *diebus prae|[cipi debet,]*[2]) *[qui]bus et solui debet. | [ita Se]r(uius) et Labeo scribunt. | [Si] decesserit socius meus et | [*] * * * * m * * * ta * * m*[3]) *hep[.]editat*[4]).

Dig. 17, 2, 67 § 1.

Si unus ex sociis, qui non totorum bonorum socii erant, communem pecuniam faeneraverit usurasque perceperit, ita demum usuras partiri debet, si societatis nomine faenerauerit; nam si suo nomine, quoniam sortis periculum ad eum pertinuerit, usuras ipsum retinere oportet.

[s]i so[cietatis nomine faene|r]aueri[t, nam si suo nomine,] | quoniam sor[tis periculum] | ad eum pertinu[erit, usuras] | ipsum retinere oportet. [suo nomine] | Labeo ita interpretatur[5])*, ut societ[a]|tis nomin*________[6]).

---

[1]) Die Handschrift hat wohl *iidem*, wenn nicht etwa ausnahmsweise ein hohes *s* (ſ) geschrieben war. — [2]) Diese Ergänzung entspricht dem Raum; die näherliegende *praecipienda est dos* ist zu lang. — [3]) Den Anfang der letzten Zeile (hinter *et*) liest Hunt so: [*] * *a* * *m* * * *ta* * * * *; mit einiger Sicherheit lässt sich obige Lesung noch so ergänzen: [*] * *s* (oder *c*) *iams* (oder *c* oder *e* oder *p*) * * *tanam*. — [4]) Den Schluss der Zeile las Hunt so: *b* * *ep· editat*, nach brieflicher Angabe möchte er jetzt lesen *hereditat*. Der dritte Buchstabe ist aber kaum *r* und zwischen diesem und dem folgenden *e* ist Raum für einen Punkt; möglich wäre freilich, dass irgend ein Fehler im Pergament den Schreiber genöthigt hätte, den Raum leer zu lassen und das *r* enger zu schreiben als sonst. Hinter *tat* folgt kein Abkürzungszeichen. — [5]) Die Handschrift hat wohl sicher *interpretat* ohne angefügtes Häkchen (für die Endung *ur*). Scialoja verwirft die Aenderung mit Berufung darauf, dass *inter-*

Die Zeilenlänge entspricht den Kolumnen der Papiniansfragmente. Die Zeilen enthalten 19—25 Buchstaben. Legen wir dies zu Grunde, so macht der zwischen Vorder- und Rückseite stehende Abschnitt Dig. 17, 2, 67 pr. § 1 etwa 24 Zeilen aus. Nimmt man hinzu, dass nach dem ersten Bruchstück jedenfalls ein Paragraph hinter Dig. 17, 2, 65 § 16 gestrichen ist, so gelangt man zu der Vermuthung, dass die Handschrift eher in zwei, als in einer Kolumne geschrieben war.

Was die Abweichungen des justinianischen Textes betrifft, so sieht man, dass in jedem der Digestenauszüge eine Anführung beziehungsweise Ausführung Labeos gestrichen ist[1]) Die Aenderung *eadem die* statt *isdem diebus* in l. 65 § 16 war durch den Wegfall der Fristen *annua bima trima die* gegeben.

---

pretari auch als Passiv vorkomme, und zwar gerade bei Paulus in Dig. 8, 2, 20 § 2 und 50, 17, 12. Aber damit scheint mir der Beweis für das Vorkommen der activen Form nicht erbracht zu sein. — [6]) Hinter *nomin* (kaum *nomen*) führen die Buchstabenreste auf folgende nicht ganz sichere Lesung: *c* (oder *p*) *m* (oder *t*) *iim* (oder *um* oder *imi*) $\overset{?}{f}$ $\overset{?}{c}$ $t\overset{?}{u}$ *iii* (oder *m*). Hunt liest am Schluss *tam*; *a* scheint mir unmöglich, der letzte Buchstabe ist nach der Photographie wegen einer Runzel im Pergament undeutlich, wird sich aber nach dem Original sicher lesen lassen. Hiernach trifft meine frühere Vermuthung: *ut societatis nomen praetermittatur* nicht zu; auch *nominatim* lässt sich in Bezug auf *a* mit den Zügen nicht vereinigen.

[1]) Krüger, Geschichte der Quellen 321, 29. 32.

IX.

Ilario Alibrandi.

Von

Alfred Pernice.

Opere giuridiche et storiche del prof. Ilario Alibrandi raccolte e publicate a cura della Accademia di conferenze storicho-giuridicho. Vol. I. Roma 1896. VIII, 605. Q.

In einem stattlichen schön gedruckten Quartbande hat die Accademia di conferenze den ersten Teil der Werke Alibrandis veröffentlicht. Er enthält die schon früher erschienenen Schriften. Ein zweiter Band soll den litterarischen Nachlass bringen. So werden wir ein vollständiges Bild von dem geistigen Schaffen des Verstorbenen vor uns haben. Wir hoffen und bitten, dass der zweite Band auch seine äussere Erscheinung in einem Bildnisse uns erhalten möge. Der Akademie aber gebührt unser wärmster Dank, dass sie dem grossen Gelehrten in pietätsvoller Verehrung das wolverdiente, würdigste Denkmal errichtet hat. Ein echter Gelehrter war der Verstorbene im Forschen und Lehren, in der Denkweise und der Gesinnung. Sein Leben verlief still und geräuschlos, wie es bei einem Gelehrten zu sein pflegt; und doch war es nicht ohne innere und äussere Kämpfe.

Alibrandi ist in Rom am 8. Februar 1823 geboren. Er war Doctor der Philosophie mit achtzehn Jahren; Doctor der Rechte wurde er im Jahre 1845. Im Jahre 1850 erhielt er erst als Gehilfe, dann als Nachfolger seines Lehrers Villani eine Professur an der Universität Rom (p. 241). Diese Stelle legte er 1871 nieder, offenbar in Folge der Einnahme der Stadt durch die Italiener. Denn er war, wie sein Biograph sagt (p. VI), ein 'frommer, überzeugter, werktätiger Katholik'. Er

15*

hielt von jetzt an nur noch Vorträge in der Akademie, die nun seine Schriften herausgibt. Zunächst lebte er als Privatmann in den bescheidensten Verhältnissen; erst 1883 wurde er zum päpstlichen Konsistorialadvokaten, 1888 zum 'minutante' des Staatssekretariats ernannt. Er starb in Rom am 27. Januar 1894. Seiner Vaterstadt ist er Zeit seines Lebens treu geblieben, obwol, wie uns erzählt wird (p. VI), die Universität Heidelberg ihn im Jahre 1871 unter glänzenden Bedingungen zu gewinnen suchte[1]).

Alibrandis wissenschaftliche Tätigkeit in Forschung und Lehre beschränkt sich fast ausschliesslich auf das Römische Recht. Dabei war ihm offenbar die Hauptsache sein eigenes Wissen immer mehr zu erweitern und zu vertiefen, um aus dem reichen Schatze seiner Kenntnisse dann seinen Schülern mitzuteilen. Er schrieb nur, wenn er wirklich etwas zu sagen hatte, und immer kurz, einfach, sachlich. So ruht denn sein litterarisches Schaffen zwischen 1871 und 1881 vollständig. Erst als er wieder Vorträge zu halten begann und Verpflichtungen für die Zeitschrift der Akademie übernahm, belebte es sich von neuem. Aber viele seiner Gedanken hat er überhaupt nicht durch den Druck bekannt gemacht. Manches haben seine Zuhörer aus der Vorlesung 'verraten'; anderes zu veröffentlichen wurde er nur durch dringende Bitten befreundeter Gelehrten bestimmt. Sein Lebenswerk lässt sich nur nach den uns vorliegenden Schriften abmessen. Aber von ihm gilt, wie von jedem wahrhaft grossen Gelehrten, dass der Mann noch bedeutender war als die Arbeit, die er geleistet hat.

Er wollte das klassische Recht erforschen und darstellen, wie es eigentlich gewesen ist. Sein Ziel ist also ein durchaus geschichtliches: die praktische Anwendung und Anwendbarkeit des römischen Rechts und damit das gemeine Recht und der usus modernus kümmern ihn nicht weiter. Dabei liegt seine Stärke weniger im grossen geschichtlichen Entwurfe und Aufbaue und nicht in der unmittelbaren juristischen Anschauung und Empfindung. In dieser Beziehung übertreffen ihn, wie mir scheinen will, die beiden Meister, die er öfters nicht ohne

---

[1]) In Heidelberg weiss man, wie mir mitgeteilt wird, von der Berufung A.s nichts. Die Fakultät hat ihn nicht vorgeschlagen.

eine gewisse Schärfe bekämpft, Savigny und Mommsen. Aber er verfügt über ein unbegrenztes Wissen und über eine unerschöpfliche Fülle von feinen Gedanken und geistreichen Kombinationen, durch die er die Begriffe klärt und die Verhältnisse zurechtrückt.

Um in seinen Stoff einzudringen, um den Tatbestand festzustellen und seine Grundlagen zu erkennen, benutzt A. alle modernen Hilfsmittel der Untersuchung: er zieht die Inschriften und die nichtjuristischen Schriftsteller heran, er weist Interpolationen der Digesten und des Codex nach, er sucht den Byzantinern Erläuterungen abzugewinnen, er unterscheidet die Individualitäten der römischen Juristen. Nirgends aber lässt er sich verleiten wirtschaftliche Vorstellungen in heute modischer Weise zum Ausgangspunkte juristisch-historischer Erörterungen zu machen. Denn seine Methode ist ganz philologisch. Deshalb gerade ist es auffällig, dass er das öffentliche Recht und seinen Zusammenhang mit dem Privatrechte weniger, als man erwarten sollte, berücksichtigt.

Alibrandis Forschung geht immer ihre eigenen Wege. Er hält sich überall genau an die Quellen und knüpft seltener, als es bei uns und gar in Italien üblich ist, an einen Bericht über die Ansichten seiner Vorgänger und an ihre Bekämpfung an. Sehr erklärlich hat diese Unabhängigkeit zu selbständigen Ergebnissen geführt. Oft hat A. Auffassungen vertreten oder angedeutet, die später auf Umwegen bei uns nochmals entdeckt und als neue geltend gemacht worden sind. Denn A.s Schriften waren in Deutschland früher beinahe unbekannt. Und mit berechtigtem Stolze weisen seine Landsleute darauf hin, wieviel wir in der Methode hätten von ihm lernen und wie manche Arbeit wir uns hätten sparen können, wenn wir seine Schriften, wie sich gebührte, auf uns hätten wirken lassen.

Nun, ganz ungelesen sind A.s Arbeiten in Deutschland nicht geblieben. Ich selbst habe als junger Docent seine Abhandlung über *bonorum possessio* (1869) nicht bloss angesehen; ich habe sogar eine ganz kurze und kühle Anzeige geschrieben (Archiv f. civ. Pr. 52, 439). Denn damals hat das Buch keinen grossen und nachhaltigen Eindruck auf mich gemacht. Das mag mit in der Befangenheit des Anfängers gelegen haben. Doch vermag ich auch jetzt nicht wesentlich anders zu urteilen.

In der Tat ist das Buch nicht geeignet uns eine Vorstellung von Alibrandis wissenschaftlicher Art zu geben. Es ist in erster Reihe für seine Zuhörer bestimmt und soll nur ein anschaulicher Ueberblick über die wichtigsten Fragen der Lehre sein. Daher wird — ganz ungewöhnlich für A. — zur Erläuterung hie und da auf das geltende päpstliche Erbrecht Bezug genommen. Da war keine Gelegenheit für neue umfassende Anschauungen, sondern nur etwa für Feinheiten im Einzelnen. An solchen mangelt es auch hier nicht ganz: so ist das Edikt über die Verweigerung der *bonorum possessio* richtig erkannt, eingeordnet und in seine drei Fälle gegliedert (p. 99 s.). Aber im Ganzen fördert uns die Arbeit nicht. Viel Mühe wird darauf verwendet, den Wortlaut der Edikte wiederherzustellen. Für das materielle Recht ist dieser Versuch, wie mir schien und noch scheint, unfruchtbar, und zu sicheren Ergebnissen lässt sich nicht gelangen.

Viele Aufsätze Alibrandis sind in unzugänglichen Zeitschriften versteckt, und sein Hauptwerk über den Besitz war so selten geworden, dass ich mich vergeblich bemüht habe, ein Exemplar zu erwerben. Der Buchhandel versorgt uns auch heute noch schlecht mit italienischen Werken, und wie gering war der wissenschaftliche juristische Verkehr zwischen Italien und Deutschland bis in die siebziger Jahre! Das alles mag unsere Unkenntnis erklären und vielleicht entschuldigen. Die Hauptsache aber ist doch die Eigenart A.s, die zu einer mächtigen Strömung unserer neueren Wissenschaft nicht passen will. A. wendet seine neuen methodischen Hilfsmittel der Untersuchung an, ohne ihre Neuheit besonders hervorzuheben oder ihre Brauchbarkeit zu erörtern: jeder aufmerksame Leser muss das Besondere ja ganz von selber merken. Darum verschmäht er es auch auf das Neue und Eigentümliche seiner Ergebnisse ausdrücklich hinzuweisen. Selbst in dem Aufsatze über den Nutzen der Inschriften für die Auslegung der röm. Rechtsbücher (p. 25 ss.), der am ersten noch einen methodologischen Charakter hat, handelt es sich nur um eine nach bestimmten Gesichtspunkten geordnete Auswahl von Einzelheiten aus einer viel grösseren Anzahl von Beispielen. Nicht, wie man es machen soll, ist dargelegt, sondern gezeigt, dass man es machen kann. Aber diese Zurückhaltung ist nicht im Sinne unserer Moderichtung. Nur der gilt, der sich geltend

macht. Auch der 'Gelehrte' muss auftreten, wie die gackernde Henne der Fabel: 'erst leg ich meine Eier, dann recensier' ich sie'. Und nun gar die neue Methode! Untersuchungen darüber, wie man die Dinge angreifen müsse, sind fast Selbstzweck geworden. Man sieht mit Hochachtung auf solche, die immer nur einen Anlauf nehmen und beschreiben, wie sie ihn nehmen, aber niemals springen. Mich erinnern diese 'Gelehrten' lebhaft an meinen alten pommerschen Hausdiener: wenn er einen Schmutzfleck im Rocke fand, so pflegte er ihn vorzuzeigen und zu sagen: dor is 'n placken in, de möt rutmakt warden: selbst herausgemacht hat er den Fleck niemals. Wenn uns die Entdecker so verwöhnen, so darf man es uns nicht übelnehmen, dass wir die neuen Methoden da nicht bemerken, wo sie gleich angewandt auftreten, wie bei Alibrandi.

In der Ausgabe sind die Schriften der Zeitfolge nach geordnet. Dadurch erhalten wir zugleich ein Bild des fertigen Mannes und einen Einblick in seine Entwicklung. Allerdings erkennt man von vornherein die Ziele, die seine wissenschaftliche Richtung und die eigentümliche Beschränkung seines Forschens bestimmen; von Anfang an steht er in voller Unabhängigkeit und mit freiester Unbefangenheit fremder Arbeit gegenüber. Aber doch sieht man deutlich, wie er erst allmählich sich des ganzen gelehrten Rüstzeuges bemächtigt und es mit sicherem Takte zu handhaben lernt.

Die älteste Abhandlung (1854) über die Cognitoren ist noch so ziemlich in der alten Weise gehalten. Sie knüpft an Gothofred und Heineccius an, obwol doch die Litteratur vor Gaius und den Vaticana für diesen Gegenstand wertlos sein muss. Dass Tribonian die Cognitoren aus den Digesten beseitigt hat, wird natürlich hervorgehoben; es werden einzelne Stellen besprochen, die in diesem Sinne interpoliert sind; dabei werden die Inskriptionen der Pandektenfragmente geschickt benutzt (wie p. 11 bei fr. 8 de proc.). Aber A. denkt noch nicht daran, den Interpolationen systematisch nachzuspüren und damit das Quellenmaterial für diesen 'dunkelsten Gegenstand' zu vermehren. Er bespricht, wie der Cognitor bestellt wurde, wer ihn bestellen durfte, wie Cognitur und Procuration verschmolzen. Aber über das Alter der Cognitur erfahren wir nichts, und auf die eigentlichen Probleme wird nicht einge-

gangen: auf die Vollmacht im Gegensatze zum Auftrage und auf die unmittelbare Stellvertretung: *personam domini repraesentabat, pro una, ut ita dicam, eademque persona habebatur* (p. 14): sehr schön; aber wie gieng das eigentlich zu?

Die beiden folgenden Aufsätze zeigen uns A. als einen Suchenden. Er will neues Material herbeischaffen, um in das klassische Recht Licht und Ordnung zu bringen: die Inschriften und die Byzantiner.

Die erste Abhandlung (1858) erläutert in anschaulichster Weise an Beispielen, wie man die Inschriften für das Verständnis der Privatrechtsgeschichte verwerten könne und müsse. Im wesentlichen werden nur die Rechtsdenkmäler durchmustert; aber auch auf das inschriftliche *arbitratu alicuius opus facere* wird hingewiesen (p. 28). Vor allem ist die Art bedeutsam und vorbildlich, wie A. den ersten Teil des Ediktes nach den Kommentaren des Paulus und Ulpian bespricht, und die zum Teile dunkeln Stellen durch Parallelen aus den inschriftlichen Gesetzen zu erklären sucht. Die Ergebnisse sind natürlich nicht überall sicher. Aber auch die blossen Hypothesen sind immer geistreich und anregend. So bezieht A. die rätselhaften Worte fr. 2 § 1 de VS. *(cuiusque diei maior pars)* auf ein Edikt, das den grösseren Teil des Tages ausgehängt werden müsse (p. 43 sq.), mit Hinweis auf Caesars Städteordnung (Z. 13) und das Erpressungsgesetz (Z. 19). Ganz ähnlich hat später Lenel die Worte gedeutet (Zeitschr. f. RG., N. F. 2, 33). Die Hauptsache ist die nachdrückliche Durchführung des Satzes, dass das röm. Recht römisch und geschichtlich aufgefasst und ausgelegt werden müsse.

Alibrandi hat viel später (1884) denselben Weg zum zweiten Male betreten, aber von der anderen Seite her. Er hat die c. un. 11, 40 in allen Beziehungen aus dem röm. Leben heraus erläutert und daran antiquarisch-juristische Ausführungen geknüpft (p. 471—506). Ich kann diese Abhandlung nicht für eine glückliche Schöpfung halten. Der Grundgedanke und die Anlage machen einen etwas altmodischen Eindruck, und die Darstellung wird durch die weitausgesponnenen Ausläufe schwerfällig. Trotz manchen scharfsinnigen und feinen Bemerkungen, wie über den Eigentumserwerb der Gemeinden, stehen die staatsrechtlichen Erörterungen, wie mir scheinen

will, nicht ganz auf der Höhe. Und die Fragen, die hier vorliegen, sind durchaus staatsrechtlich: es handelt sich um die Quittungen, die dem zahlenden Gemeindeschuldner ausgestellt werden sollen. —

Als ein zweites sehr wesentliches Hilfsmittel für die Erkenntnis des klassischen Rechts stellt die andere Abhandlung (1864) die Schriften der Juristen in der östlichen Reichshälfte hin: die uns wenig bekannten Rechtslehrer von Beryt aus dem 5. Jahrhunderte und ihre Schüler, die Basilikenscholiasten. Gewis bilden die ersten, neben den Geheimräten Diocletians und seiner Nachfolger, die Bindeglieder *(annelli)* zwischen der klassischen und der justinianischen Zeit. Wir werden A. darin unbedingt zustimmen müssen, dass unter dem Einflusse dieser Juristen das klassische Recht sich zum justinianischen um- und weitergebildet hat. Durch die jüngsten Entdeckungen zeigt sich immer deutlicher, wie die Praxis des Cognitionsverfahrens den justinianischen 'Neuerungen' vorgearbeitet hat. Allein A.s Hauptgedanke ist, dass die Basilikenerklärer von gröster Bedeutung für das Verständnis des klassischen Rechtes selbst, für das Ediktsrecht und den Formularprocess seien. Mit staunenswerter Belesenheit häuft er dafür die Beispiele und kargt mit dem Lobe für diese Epigonen nicht. Aber dennoch scheint mir sein Satz nichts weniger als erwiesen: die Bemerkungen dieser Rechtslehrer sind von sehr ungleichem Werte. Unzweifelhaft bringt A. einige glänzende Belege für seine Anschauung bei: so die Deutung des fr. 25 § 2 de HP. aus der untergegangenen *bon. possessio sine re* (p. 59), eine 'Entdeckung', die gleichzeitig auch Francke machte, aber in ganz anderer Weise vortrug (her. pet. S. 278 f.). Andere Bemerkungen bestätigen, was wir vom klassischen Rechte schon wissen, fördern uns also nicht. Noch andere aber sind zweifelhaft oder gar bedenklich, sogar unter denen, die A. selbst aufführt. So, glaube ich, ist die Angabe des Thaleläos über die *exc. rei iud.* (sch. 14 Bas. 17, 2. 3 Zach.), auf die A. grosses Gewicht legt (p. 57 s. und p. 169, 17), ohne geschichtlichen Wert. Sie stellt die *iudicia legitima* und *extraordinaria* einander gegenüber und lässt nur bei diesen die *exc. rei iudicatae* zu. Das ist offenbar ein Misverständnis: im klassischen Rechte gilt dies bekanntlich von den sog. *imperio continentia.*

Die aber hat der Scholiast nicht gemeint, wie A. anzunehmen scheint. Denn er setzt ausdrücklich hinzu: 'jetzt sind alle *iudicia extraordinaria*', was er dem fr. 46 de NG. entnimmt. — Was wird weiter durch die Bemerkung des Thaleläos zu c. 12 de don. a. nupt. gewonnen (p. 58)? Hier schenkt die Mutter dem Verlobten oder dem Ehemanne ihrer Tochter ein Grundstück: es wird natürlich mancipiert und darauf der Beschenkte '*in vacuam possessionem*' eingeführt: diese Schenkung, sagt der Kaiser, kann als *perfecta* nicht mehr angefochten werden. Es ist klar, dass es sich hier um die *lex Cincia* handelt: zur 'Perfektion' der grossen Schenkung wird Uebereignung und Besitz des Beschenkten erfordert (Vat. 310 sqq.). Aber Thaleläos meint: *τοῦτο δὲ πρὸς τοὺς παλαιοὺς νόμους εἴρηται, ὅτι οὐκ ἴσχυον αἱ δωρεαὶ μὴ γενομένης τραδιτίονος. σήμερον δὲ πᾶσα δωρεὰ καὶ ἀπὸ ψιλῆς ἐπαγγελίας συνίσταται.* Das ist offenbar zu allgemein gesagt und muss durch seine Ungenauigkeit irreleiten; denn es trifft nicht auf alle Schenkungen zu, und die davon betroffenen 'gelten' wol, sie sind nur nicht 'fertig'. — Mir scheint es doch, dass man an der alten Vorsicht solchen byzantinischen Aeusserungen gegenüber festhalten sollte. A. hat sie auch in seinen späteren Arbeiten vielfach benutzt; ob mit Recht, ist manchmal sehr zweifelhaft. So den Stephanos zur Herstellung der Erbklagenformel (p. 109) und für die Unterscheidung von *civilis* und *naturalis possessio* (p. 250).

Eine schöne Entdeckung, die A. bei dieser Untersuchung gemacht hat (p. 55), hat er später (1889) zur produktiven Digestenkritik in einer besondern Abhandlung verwertet (p. 581 ss.). Die Klage gegen den *curator bonorum* war nach Thaleläos (sch. 21 Bas. 17, 2. 8 Z.) die *a. negotiorum gestorum.* Aber den Kompilatoren misfiel die *a. directa*, weil keine eigentliche Geschäftsführung vorlag; sie machten eine *utilis a.* daraus. Dadurch gerieten sie in eine selbstgeschaffene Schwierigkeit. Denn sonst beseitigen sie überall den Unterschied von *a. directa* und *utilis*. So verfallen sie auf höchst eigentümliche Versuche, um sich herauszuwickeln. Diese sichere Grundlage benutzt A., um in glänzender Ausführung Interpolationen in den Pandekten und im Codex nachzuweisen. Die Sache ist so handgreiflich, dass wir den Fall geradezu als Paradigma für diese Art der

Untersuchung bezeichnen können. Bald erkennt man, dass erst die Kompilatoren den Kurator neben dem Tutor eingeschoben haben; bald ist der *curator* oder die *a. neg. gest.* ausgemerzt; bald sind ganze Stellen umgearbeitet.

Nicht mit derselben Energie, wie er die Inschriften heranzieht und Interpolationen aufspürt, verwendet A. das dritte Hilfsmittel der neueren Rechtswissenschaft: die Unterscheidung der Individualität der einzelnen klassischen Juristen. Das ist wol erklärlich. Denn vor allem nimmt er zu dieser ganzen Methode eine andere Stellung ein als wir. In Deutschland ist sie seit den sechsziger Jahren der Ausgangspunkt der analytischen Betrachtung des röm. Rechtes überhaupt geworden, und sie ist bis heute die hauptsächliche Stütze der *duplex interpretatio* geblieben. Wir, die mit der formellen Geltung des röm. Rechtes und der 'geschriebenen Vernunft' zu kämpfen hatten, wurden naturgemäss in eine kritische Richtung gedrängt. Dagegen liegt Alibrandi eine Kritik des klassischen röm. Rechts, ein bewuster Hinweis auf seine nationale oder wirtschaftliche Beschränktheit vollkommen fern, eben weil er keine auch nur mittelbar praktischen Zwecke verfolgt. Dazu kommt aber ein zweites, A. eigentümliches Moment. Will man die Individualitäten der Juristen erkennen und sondern, so muss man voraussetzen, dass sie als Bildner des Privatrechts bei ihren Sätzen und ihren Ausführungen ein vernünftiges, praktisches oder theoretisches Ziel vor Augen haben. Wir sind sogar geneigt, sie als Träger verschiedener Zeitströmungen anzusehen und möchten hinter ihren Meinungen treibende Kräfte besonderer Art vermuten. Damit lässt es sich sehr wol vereinigen, dass die Begründung ihrer Sätze manchmal schief, ungeschickt, flüchtig, ja verkehrt sein kann. Denn sie finden die Entscheidung intuitiv, um sie dann kunst- und sachgemäss zu rechtfertigen. — Alibrandi steht anders zur Sache. Freilich spricht er öfters von dem hohen Genie, von der Geistesschärfe, von dem ausgesucht praktischen Sinne der röm. Juristen (p. 229, p. 231, p. 235). Aber er schätzt ihre Tätigkeit offenbar weniger hoch, als bei uns geschieht. Seine allgemeinen Anschauungen muss man sich allerdings aus gelegentlichen Aeusserungen zusammenlesen; indes sie scheinen mir kaum miszuverstehen. Zunächst sieht A. in den Klassikern

nur Ausleger des geltenden Civil- und Ediktsrechts; sie haben nicht ein neues Recht geschaffen, ja kaum eine freiere und weitere Auffassung des Hergebrachten begründet (p. 165, p. 169). Ich glaube, damit wird doch der gewaltige selbstständige Einfluss zu gering angeschlagen, den die Rechtswissenschaft auf den Prätor und namentlich auf den Richter geübt hat, auf die *actio* und das *quod venit in actionem.* Ueber den Inhalt der Klagen stand nichts oder so gut wie nichts in den geschriebenen Rechten. A. macht seine Bemerkungen bei Besprechung der Klagenkonkurrenz. Gerade hier ist die ganze Lehre von der *exc. rei iud.* und der *eadem res* ausschliesslich durch die Rechtswissenschaft ausgebildet: der dürre alte Satz vom *ne bis in idem* muste durch sie erst Leben gewinnen. — A. meint weiter (p. 222), die Begriffe hefteten sich an die Worte: komme ein Wort ausser Gebrauch, so ändere sich in Folge dessen auch der Begriff. Ich muss bekennen, dass mir diese Anschauung scholastisch vorkommt und der Art und Weise der röm. Juristen zu widersprechen scheint. Für die Entwicklung des röm. Rechts trifft eher das Umgekehrte zu: der Sprachgebrauch der Juristen schwankt weit mehr als ihre Vorstellungen von den Dingen; der Wechsel der Ausdrücke wird gerade durch die Ausbildung der Begriffe bestimmt. — Endlich — und das ist vielleicht das Wichtigste — liegt nach A.s Meinung der Schwerpunkt der röm. Rechtsbildung nicht im 1. und 2. Jahrhundert, sondern in der Zeit 'zwischen Modestin und Theophilus'. Die Philosophie hatte unter dem Einflusse 'der alexandrinischen Meister und der Kirchenväter' grosse Fortschritte gemacht, und so war dieses Zeitalter günstig 'für die Verallgemeinerung der Begriffe und das Zustandekommen der grossen Synthesen' *(fu più propizia per universalizzare i concetti e per fare le grandi sintesi)* (p. 228 s.). Als Beleg dafür dient der Ausdruck *ψυχὴ δεσπόζοντος*, den erst Theophilus braucht, wahrscheinlich nach Vorgang der Beryter Rechtslehrer.

Bei solchen Anschauungen wird die eigentümliche Art verständlich, wie A. eine bekannte römische Schulstreitfrage behandelt. Warum betrachten die Sabinianer unmögliche Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen als ungeschrieben, die Prokulianer die Verfügung selbst als nichtig? A. löst die

Frage so (p. 219 s.): Gaius weiss für die Entscheidung seiner Schule bekanntlich kaum einen zureichenden Grund *(vix idonea ratio)*; also, meint A., wusten die Sabinianer überhaupt keinen. Nicht innere Ursachen, sondern äussere Einwirkungen haben ihre Haltung bestimmt: eine Regel, die für die Entscheidung eines Rechtsfalles aufgestellt worden war, wird verallgemeinert und mit gröster Zähigkeit wie ein Dogma bewahrt. Ich glaube nicht, dass man sich die Sache so mechanisch zurechtlegen darf. Gewis hielten die Juristen beider Schulen der Kaiserzeit an allgemeinen Sätzen fest, die in republikanischer Zeit zu praktischen Zwecken aufgestellt waren. Aber dass sie blind (*ciecamente* p. 213) einem zum Rechtssatze erhobenen Gutachten gefolgt seien, wird man schwerlich behaupten oder gar beweisen können. Der gutachtende Jurist ist hier Servius: er gehört nicht zu den eigentlichen *veteres* und er hat keinen irgendwie erkennbaren Zusammenhang mit dem Schulstreite. Er urteilt (fr. 46 de her. inst.) über einen ganz eigenartigen Fall: ein Erblasser setzt den Titius zum Erben ein, wenn seine Mutter und seine Tochter lebten. Die Mutter lebt; aber eine Tochter hat er nie gehabt; er bildet sich das bloss ein. Dann soll Titius doch Erbe sein: *quia id quod impossibile in testamento scriptum esset, nullam vim haberet.* Titius ist doch ohne jeden Zweifel zum Erben berufen, weil Mutter und Tochter nach der Voconia nicht eingesetzt werden durften. Eine fideikommissarische, zu Servius' Zeit unklagbare Anordnung wird ihnen einen Teil des Nachlasses oder eine Rente zugewendet haben. Dass dieser Zweck nicht vereitelt werden darf, wenn nur eine der beiden Frauen da ist, um eines halbnärrischen Irrtums des Erblassers willen, liegt auf der Hand. Verallgemeinern lässt sich ein solches Gutachten offensichtlich nicht. Der Begründungssatz aber ist zu allgemein; denn er bezieht sich ja nicht bloss auf die Bedingungen. Gerade diese Ausdrucksweise und dies Gutachten scheinen mir zu bestätigen, dass bei der sabinianischen Schulmeinung 'Unterströmungen' sich geltend machten, die Gaius nicht kannte oder nicht zu würdigen verstand (Scheurl, Beiträge 2, 267 f.; 337 f.). —

Auf die Abhandlungen, die A. über verschiedene neuentdeckte Inschriften veröffentlicht hat, scheint es mir nicht nötig, hier näher einzugehen: sie sind bei uns bekannt genug und

vielfach benutzt. Nur über die beiden Werke möchte ich noch ein Wort sagen, die A. auf der Höhe seines Schaffens und in seiner ganzen Eigenart zeigen: den Aufsatz über die Klagenkonkurrenz (1870) und die Besitzlehre (1871).

Es ist ganz besonders zu bedauern, dass die erste Abhandlung bei uns nicht bekannt geworden ist. Denn über die darin besprochene Lehre haben wir nur eine höchst unzulängliche Litteratur, und A. hat leider ganz Recht, wenn er meint, dass Savignys Darstellung die Sache wenig vorwärts gebracht habe. Erst durch Eiseles Aufsatz (1892) ist die Untersuchung in eine andere, wie ich glaube, in die richtige Bahn gelenkt worden. Und auf diesem Wege war A. schon vorausgegangen. Nach klassischem Rechte kommt, wie er ausführt, alles darauf an, ob die konkurrierenden Klagen auf *eadem res* gerichtet seien. Gehen sie auf das 'Gleiche', so stehen die Klagen zur Wahl, d. h. ist die eine erhoben oder ist darüber entschieden, so wird die andere mit *exco. rei iud. vel in iud. deductae* abgewiesen. Die Stellen, in denen die Abweisung auf *perceptio* oder *solutio* begründet wird, sind interpoliert; ebenso die, in denen eine Nachforderung aus der ertragreicheren Klage anerkannt ist. Der Nachweis der Interpolation wird vor allem aus der Sache heraus geführt; die hier besonders anfechtbare Form wird kaum gestreift. Und doch meint A. (p. 188), den Geruch des byzantinischen Stiles spüre man meilenweit *(l'odore dello stile bizantino si sentirebbe una lega da lungi)*. Im justinianischen Rechte haben dann die abgeänderten Stellen das Princip zu bestimmen; die widersprechenden sind als 'Ueberbleibsel veralteter Lehren und Meinungen' anzusehen (p. 195). Mir scheinen diese Ergebnisse gesichert, wenn auch die Beweisführung hier und da noch verstärkt werden könnte. Aber freilich, was nun eigentlich *eadem res* sei, das wird nirgends so recht festgestellt: A. spricht bald vom Zwecke *(scopo)*, bald vom Gegenstande *(obbietto)* der Klagen. Auch das sind bedenkliche Punkte, dass in einzelnen Fällen die *exc. doli* aushelfen muss, 'wo die Häufung der Klagen unbillig erschien', und dass man in noch anderen auf eine Kaution zurückgriff. Denn hier hören anscheinend die festen Grundsätze auf. Begreiflich lassen sich solche schwierige Untersuchungen nicht mit einem Rucke vollständig durchführen.

Endlich: A.s umfassendstes Werk ist die Lehre vom Besitze (p. 217—336). Es gibt eine dogmatische Darstellung der Besitzlehre des klassischen röm. Rechts. Die geschichtliche Entwickelung wird in die zweite Reihe zurückgeschoben. Das Werden des klassischen Besitzrechtes aus seinen beiden Wurzeln, dem *usus* der XII Tafeln und dem Interdiktenschutze, verwirft A. ausdrücklich: ihm ist der Besitz eine Einheit und im wesentlichen fertig; nur klarer wird der Begriff herausgearbeitet und seine Voraussetzungen und Wirkungen werden ausgestaltet. Bei seinen Erörterungen geht A. überall von Savigny aus und bekämpft meistens dessen Anschauungen. Man darf das Ganze wol als eine Epikrise von Savignys Werke bezeichnen. So erscheint A.s eigene Lehre als eine Weiterbildung der Lehre Savignys, etwa in derselben Richtung, wie sie sich auch in der deutschen Litteratur allmählich vollzogen hat: das 'Paradoxon' wird verworfen, dass der Besitz (richtiger der Interdiktenschutz) eigentlich ins Obligationenrecht gehöre; der 'abgeleitete' Besitz wird bestritten; der *animus domini* wird zurückgewiesen u. s. w. Aber der Gegensatz ist kein fundamentaler, wie etwa der Jherings gegen Savigny. Jherings 1868 erschienene Schrift wird nicht erwähnt.

Der Besitz ist nach A. eine Tatsache mit Rechtsfolgen, kein Recht; die Folgen sind Interdiktenschutz und Ersitzung, in zweiter Reihe Publiciana und Fruchterwerb — nicht mehr (p. 317). Das Rechtsverhältnis, das hier vorliegt, ist einheitlich: die bewuste und absichtliche, dauernde Inhabung einer Sache, die in eigenem Namen ausgeübt wird; aber nicht, wie nach A. die heutige Lehre meint, ein 'tatsächliches Eigentum' (p. 238, 27). Diese Begriffsbestimmung entfernt sich doch nicht so weit von der bei uns 'herrschenden' Anschauung, wie man nach A.s Polemik gegen Savigny annehmen könnte. So fällt auch in dieser Schrift das Hauptgewicht auf die Einzeluntersuchungen. Und da ist es schwer, aus der Fülle der Erörterungen charakteristische Beispiele auszuwählen. Denn fast bei jedem Punkte wird das Bild in ein anderes Licht gerückt oder ihm ein neuer Strich zugefügt. So der Besitzerwerb des Vormundes für den Unmündigen, namentlich das Kind (p. 275 s.); der Besitz *solo animo* in seinem Zusammenhange mit dem Gesamtbesitze und der Fortdauer des Besitzes bei heimlicher

Occupation des Grundstückes (p. 286 ss.); die *possessio pro suo* und der Putativtitel (p. 304 ss.); das *possessionis causam mutare* (p. 315 ss.); die Besitzinterdikte, bei deren Darstellung ich allerdings manche Bedenken habe (p. 325 s.). Ich möchte nur auf drei Vermutungen von Interpolationen noch besonders hinweisen, die für vielbehandelte Streitfragen von Wichtigkeit sind. 1. Die neuerdings so häufig besprochene Verordnung Severs über Schenkung und Tradition von Sklaven durch Uebergabe der Kaufurkunde hält Alibrandi für abgeändert (p. 259 s.): c. 1 de don. 8, 53: *emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis et ipsorum mancipiorum traditionem factam intellegis; et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere.* Die lex Cincia war zu Severs Zeit noch in voller Uebung. Danach muste der Sklave mancipiert und tradiert werden, damit die Schenkung Bestand habe, auch die an *exceptae personae* (Vat. 263). So wird der Sklave hier mancipiert worden sein. Dann ist die Tradition nur noch perficierende Besitzübertragung, d. h. erst wenn diese geschehen ist, lässt sich die Vindikation mit Erfolg durchführen. Zu dieser Tradition soll die Uebergabe der Urkunde genügen, wie Alibrandi meint der Mancipationsurkunde; es kann aber auch, wie im Texte steht, an die Kaufurkunde gedacht sein[1]). Mir scheint diese Möglichkeit sehr erwägenswert. Für das justinianische Recht tritt damit die Hinneigung zur Tradition durch Urkunde noch deutlicher hervor. 2. A. sieht das berühmte fr. 13 de don. als eine Ausnahmebestimmung an, die von wolwollender Billigkeit eingegeben war (p. 271 ss.). Die Regel sei, dass nichts zu Stande kommt, wenn der Tradent dem Vertreter für den Geschäftsherrn übergibt und der Vertreter für sich erwerben will. Die Stelle sei interpoliert; denn sie widerspreche der klassischen Lehre; um den Text verdächtig zu machen, genüge *(a me basta)* die Wendung *quaerebatur quid agere.* Das scheint mir kein sehr starker Beweis: A. hätte wenigstens sagen können, was Ulpian etwa geschrieben hat. 3. In der neueren Zeit ist mehrfach darauf hingewiesen, dass A. den § 35 de rer. div. für interpoliert hält (p. 322 ss.). Damit wird die Lehre

---

[1]) Etwa: *servis donationis causa (n. I?) mancipatis emptionumque instrumentis traditis et ipsorum mancipiorum traditionem factam intellegis.*

von der Herausgabe der *fructus exstantes* aus dem klassischen Rechte beseitigt. Hier bin ich vollkommen einverstanden.

Es kann nicht zweifelhaft sein, dass Alibrandis Schriften jetzt, wo sie gesammelt vorliegen, auf unsere Studien im Gebiete des römischen Rechtes, soweit davon in Zukunft noch die Rede sein wird, einen grossen und günstigen Einfluss gewinnen werden. Zur bequemeren Benutzung gehört aber notwendig ein genaues Verzeichnis aller darin besprochenen Quellenstellen. Ich darf wol die dringende Bitte aussprechen, dass ein solches Verzeichnis dem zweiten Bande beigefügt werden möge.

X.

Zur Lehre von der Quittung.

Von
Herrn **Benno Frese**
aus Dorpat.

In der letzten Zeit hat man lebhaft darüber gestritten, welche Bedeutung und Natur der Quittung zukomme. Besonders Bähr hat in seiner bekannten Schrift „Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund“ den Anstoss dazu gegeben. Die Theoretiker wie die Praktiker sind uneins: die Einen treten für die dispositive Natur der Quittung ein, Andere vindiciren ihr blosse Beweismitteleigenschaft. Eine Mittelmeinung, wonach die Quittung bald Dispositivurkunde, bald blosses Beweismittel ist, erfreut sich des meisten Beifalls. Solche Divergenzen unter den Civilisten rechtfertigen zur Genüge eine Untersuchung über das Wesen der Quittung. Ausgehen will ich von der römischen acceptilatio, da diese mitbestimmend auf die Natur unserer heutigen Quittung gewirkt hat.

§ 1.
Die acceptilatio.

Eine hohe Wahrscheinlichkeit spricht dafür, dass die Zahlung ursprünglich zur Tilgung von Stipulationsschulden

nicht hinreichte. Zwingend nachweisen lässt sich dies freilich nicht; allein die Formenstrenge der Römer legt die Annahme nahe, dass in der älteren Zeit eine durch Formalact begründete Obligation stets nur durch einen conträren Formalact aufgehoben werden konnte. Die acceptilatio mochte damals einen die Schuld tilgenden, abstracten, d. h. von der causa unabhängigen Dispositionsact enthalten.

Seit wann einfache Zahlung die Stipulationsschuld tilgte, lässt sich in Ermangelung eines directen Quellenzeugnisses nicht entscheiden[1]). Ob Quintus Mucius Scaevola noch der älteren Anschauung huldigte, dass es allemal einer formalen Bestärkung der Zahlung bedurfte, wie man aus fr. 80 D. 46, 3 hat schliessen wollen, steht dahin. Dem daselbst vorangestellten Princip „prout quidque contractum est, ita et solvi debet" entspricht allerdings nicht die im Folgenden anerkannte doppelte Tilgungsmöglichkeit bei der Stipulation „vel re vel verbis". Fitting vermuthet daher eine Correctur von Seiten des Pomponius[2]). Eine sichere Handhabe bietet das betreffende Fragment nicht. Von Bedeutung ist jedoch für unsere Frage der bekannte Schulstreit über die datio in solutum. Die Sabinianer schrieben ihr ipso iure-Wirkung zu, während die Proculianer bloss eine exceptio zuliessen[3]). Dass dagegen die Zahlung stets ipso iure wirkt, scheint beiden Schulen bereits ein feststehendes, überkommenes Dogma zu sein. Wie dem auch sei, gegen Ende der Republik ist die Zahlung jedenfalls verselbständigt und von der a° losgelöst. Damit ist der erste Stoss gegen den Formalcharakter der Stipulation geführt. — Nach classischem Recht ist zu behaupten, dass die a° einen formalen Erlassvertrag darstellt[4]). Viele Romanisten (Dernburg, Bähr, Baron und Andere) halten im Gegensatz hierzu daran fest,

---

[1]) Vgl. Erman, Zur Geschichte der römischen Quittungen und Solutionsacte. Berlin 1883. S. 75 f. — [2]) Fitting, Die Natur der Correaloblig. 1859. Anm. 50. — [3]) Gaius Inst. III. 168. Vgl. Kuntze, Excurse über römisches Recht. 2. Aufl. 1880. S. 539 f. — [4]) Mommsen, Hermes XII S. 109 f. Leist, Ueber die Wechselbeziehung zwischen dem Rechtsbegründungs- und Rechtsaufhebungsact. Jena 1876. S. 17 Anm. 19. Windscheid, Pandekten II § 357 Anm. 5 (a. M. derselbe, Kritische Vierteljahrsschrift III S. 170 f.). Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts Bd. II n. 14. Arndts, Pandekten 13. Aufl. 1886. S. 541.

dass eine Zahlung der a° vorausgehen oder nachfolgen könne[1]). Fitting, dem sich Mitteis anschliesst, verknüpft sogar mit der a° eine jedesmalige, unwiderlegliche Zahlungsvermuthung[2]). Ich will nun die Ansicht dieser Schriftsteller besprechen und zugleich die eigene begründen.

Von Wichtigkeit ist vor Allem die stipulatio Aquiliana mit der daran sich knüpfenden a°. Aquilius Gallus, der Zeitgenosse Ciceros, schuf diese bequeme Abwicklungsform für Rechtsverhältnisse der verschiedensten Art. Man könnte die Rechtsfigur „complicirte a°" nennen. Sie enthält ohne Zweifel einen Generalerlass, dessen causa ein Vergleich zu sein pflegt. In der Regel bilden Forderungen den Gegenstand des vergleichsweisen Erlasses. Eine solutio im engeren Sinne findet daher nicht statt: von der einen Seite werden die alten Forderungsrechte formal getilgt, von der anderen Seite stellt sich die vergleichsweise gewährte Abfindung des ursprünglichen Gläubigers als selbständige Gegenleistung dar. Für den formalen Abfindungsvergleich kann als Beispiel das fr. 9 D. 19, 5 dienen. Die Vorleistung besteht hier im solennen Verzichte auf die Forderung. Papinian gibt eine actio incerti auf die formlos versprochene Gegenleistung. Dem Gesagten zufolge dürfte zur Zeit des Aquilius Gallus auch die einfache a° einen ähnlichen Rechtsinhalt gehabt haben.

Auf die neuere Gestaltung der a° zielt Seneca (de beneficiis VI. 5 § 2) ab:

> nam et pecuniam dicimur reddidisse . . . . . quamvis non intervenerint nummi, sed . . . . . verbis perfecta solutio sit[3]).

Die Digesten bieten uns — abgesehen vom zweideutigen fr. 19 § 1 D. 46, 4 — keinen Anhalt dafür, dass die solutio

---

[1]) Dernburg, Pandekten 5. Aufl. II § 54 Anm. 6 S. 150. Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 3. Aufl. 1895 S. 87 f. Baron, Gesammtrechtsverhältnisse S. 308 f. Savigny, Obligationenrecht I S. 170 f. Erman a. a. O. S. 61 f. Brinz, Pandekten II. 1 § 291 Anm. 9. Meissels, Zur Lehre vom Verzichte, Grünhuts Zeitschr. XVIII, S. 704. — [2]) Fitting, Correaloblig. S. 42 f. Mitteis, Grünhuts Zeitschr. XIV, Zur Lehre von den passiven Gesammtschuldverhältnissen S. 451 f. — [3]) Fitting a. a. O. S. 43 Anm. 47 bezieht diese Aeusserung auf eine Delegation, während Baron a. a. O. S. 308 f. darin eine a° erblickt.

causa der a° sein könne[1]). Bähr, der anderer Meinung ist, spricht sich darüber a. a. O. S. 87 folgendermassen aus: „es lässt sich ..... im Sinne der classischen Zeit kraft Analogie mit Sicherheit annehmen, dass da, wo die Acceptilation in gleichzeitigem Austausch mit der Geldzahlung oder dieser vorausgehend erfolgte, der Geldzahlung die Bedeutung eines selbständigen Tilgungsmittels benommen, diese vielmehr nur als implendae acceptilationis causa geschehen betrachtet wurde." Für den Fall dagegen, wo früher gezahlt worden war, wird von Bähr die a°, obgleich materiell nichtig, mit einer gewissen Beweiskraft im Processe ausgestattet. Die Bährsche Lehre entbehrt jeglicher quellenmässigen Grundlage. Die angeblichen Andeutungen in den Digesten (fr. 89 pr. D. 46, 3; fr. 19 § 1 D. 46, 4) erweisen sich bei näherer Betrachtung als unzureichend.

Das fr. 89 pr. D. 46, 3 enthält eine regelrechte Quittung (apocha). Der Schlussatz „eam solam obligationem dissolutam, ex qua solutum proponeretur" deutet darauf hin. Bähr denkt an eine Acceptilationsurkunde; die Worte „accepto tulisse" mögen ihn dazu verleitet haben. Acceptoferre muss jedoch anders verstanden werden. Es handelt sich offenbar um die Eintragung in die Hausbücher oder doch um eine Anrechnung. In den Quellen wird acceptoferre öfters in diesem Sinne gebraucht[2]).

Im fr. 19 § 1 D. 46, 4 erweckt die Wendung „licet pecunia soluta non sit" allerdings den Anschein, als könne die solutio causa der a° sein. Allein Ulpian drückt sich ungenau aus und differenzirt in Folge dessen apocha und a° nicht zutreffend. Ich komme hierauf noch zurück.

Fitting[3]) ist der Begründer der Lehre von der mit der a° verbundenen „praesumtio iuris et de iure" für eine geschehene Schuldzahlung. Erstlich gelte die Zahlung stets als erfolgt, und zweitens sei die a° nur in Folge ihrer unbedingten Be-

---

[1]) Schon Labeo erkennt den Erlasscharakter der a° an. Vgl. fr. 66 § 6 D. 24, 3; fr. 91 D. 46, 3; fr. 23 D. 46, 4. — [2]) fr. 3 pr. D. 46, 3; fr. 5 § 2 eod.; fr. 73 eod.; fr. 96 § 3 eod.; fr. 102 § 2 eod.; fr. 4 § 1 D. 21, 2; fr. 39 § 18 D. 26, 7; fr. 56 eod.; fr. 91 §§ 3. 4. 5 D. leg. III. — [3]) Fitting a. a. O. S. 42 f.

weiskraft geeignet, secundär den Erlass in sich aufzunehmen: in diesen beiden Sätzen wurzelt die Fittingsche Präsumtionstheorie. Für das ältere römische Recht hat diese Theorie insofern einen richtigen Gedanken, als die Zahlung wahrscheinlich in den Bereich der a° fiel. Mochte nun das Empfangsbekenntniss wahr sein (bei vorausgehender Zahlung) oder fingirt (Erlass), in beiden Fällen enthielt die a° einen Dispositionsact. Wenngleich das letztere Moment von Fitting (und Mitteis) ignorirt wird, so ist ihm doch im Uebrigen nicht zu bestreiten, dass der historische Ausgangspunkt der a° seiner Lehre zu Grunde liegt. Mit dem Augenblick aber, wo die Zahlung als selbstständiger Tilgungsmodus bei Stipulationsschulden anerkannt wurde, musste sich auch die a° zum blossen Erlassvertrag abwandeln. Andernfalls würde sich eine seltsame Incongruenz ergeben: die a° müsste — neben ihrer Erlassfunction — zugleich als Beweismittel für wirklich erfolgte Zahlung angesehen werden. Wie man Beides mit einander vereinigen kann, ist mir unverständlich. Unter Anderem wird von Fitting die in den Quellen hervorgehobene Zahlungsähnlichkeit der a° als Beweis für die Richtigkeit seiner Theorie verwerthet. Allerdings wird die a° mit der Zahlung verglichen, zumal wo es sich um die Gleichheit des Rechtseffects handelt. Wird einem Correalschuldner acceptoferirt, so kommt dies ebenso wie eine Zahlung auch den übrigen zu Gute (arg. fr. 16 § 1 D. 46, 4 „velut solvisse videtur, qui acceptilatione solutus est"). Bei der alternativen Obligation genügt a° einer Leistung, um auch die Verpflichtung zu der anderen hinfällig zu machen (arg. fr. 7 § 1 D. 34, 3 „quia acceptilatio solutioni comparatur"). Bei der generischen Obligation wird die a° gleichfalls mit der Zahlung parallelisirt (arg. fr. 13 § 4 D. 46, 4) [1]. Erman [2]) betont jedoch mit Recht, dass darin schwerlich eine bindende Präsumtion der Zahlung im Fittingschen Sinne erblickt werden könne. Denn die Gleichstellung der a° und solutio ist keineswegs durchgreifend. Gaius definirt die a° freilich als „imaginaria solutio"

[1]) Vgl. fr. 1 § 2 D. 36, 4: Beim Liberationslegat wird der Bedachte einem materiell befriedigten Legatar gleichgeachtet; der Erbe braucht in Folge dessen keine Caution zu leisten. — Auch den umgekehrten Fall, dass die Zahlung mit der a° verglichen wird, finden wir in den Quellen. Vgl. fr. 14 pr. D. 46, 7. — [2]) Erman a. a. O. S. 59.

(Inst. III. 169). Allein in Folge dieses Fehlers geräth er sofort ins Gedränge und muss Ausnahmen statuiren. Inst. III. 171: (Quamvis autem dixerimus contineri) acceptilationem imaginaria solutione, tamen mulier sine tutoris auctoritate acceptum facere non potest, cum alioquin ei solvi sine tutoris auctoritate possit (vgl. Gaius Inst. II. 85). Gaius hätte hinzufügen können, dass auch der Procurator und der Sclave durch Acceptilation nicht erlassen dürfen, während ihnen wohl gezahlt werden kann[1]). Ferner erwähne ich die Confusion, da diese ebenfalls mit der Zahlung verglichen wird, ohne dass doch eine völlige Gleichstellung beider Tilgungsmodi von der Jurisprudenz anerkannt worden ist[2]). Auch Compensation, Delegation u. s. f. werden mit der Zahlung verglichen[3]). Endlich sei darauf hingewiesen, dass die classischen Juristen die a° mitunter in zwei Zahlungen (Empfangnahme und Rückgabe des Geldes) auflösen. Hierin verräth sich zur Evidenz die Vertragsnatur der a°. Sie ist geradezu eine Veräusserung im weiteren Sinne[4]). Die folgenden Quellenstellen mögen dies illustriren.

fr. 49 D. 23, 3:

...... cum vero acceptam fecit, omnimodo periculum ad eum pertinebit: perinde enim est, ac si acceperit pecuniam et eandem promissori donaverit.

---

[1]) fr. 3; fr. 13 § 10; fr. 22 D. 46, 4. — [2]) fr. 21 § 1 D. 34, 3; fr. 41 § 2 D. 21, 2; fr. 50 D. 46, 1 (obligatio ratione confusionis intercidit aut, quod est verius, solutionis potestate). Die Wirkung der Confusion ist bei der passiven Correalobligation eine rein persönliche. Arg. fr. 91 pr. D. 46, 1. — [3]) Compensation: fr. 4 D. 20, 4 (perinde haberi debere, ac si ...... pecunia soluta esset); c. 4 C. 4, 31 (ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet). Delegation: fr. 8 § 3 D. 16, 1 (solvit .... qui reum delegat); fr. 37 § 4 D. 38, 1 (solutionis enim vicem continet haec delegatio); fr. 187 D. 50, 16 (verbum 'exactae pecuniae' non solum ad solutionem referendum est, verum etiam ad delegationem); fr. 18 D. 46, 1 (qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intellegitur). Vgl. auch fr. 27; fr. 28 § 1 D. 12, 2 (Eid); fr. 72 pr. D. 46, 3 (Unmöglichkeit der Leistung). — [4]) fr. 1 § 2 D. 42, 8: Ait ergo praetor 'quae fraudationis causa gesta erunt'. haec verba generalia sunt et continent in se omnem omnino in fraudem factam vel alienationem vel quemcumque contractum ...... sive ergo rem alienavit sive acceptilatione .... liberavit. Vgl. fr. 25 pr. D. 42, 8 („quia ex donatione capit").

fr. 43 § 1 D. 23, 3:

nisi forte sic accepto tulit, ut velit mulieri in totum donatum: tunc enim credendum est brevi manu acceptum a muliere et marito datum .....

Dass von der dotis dictio das Gleiche gilt, bezeugt das fr. 77 in fine D. 23, 3 (Tryphonin fr. 36 L.):

quia illa obligatio tota tolleretur, perinde ac si solutum debitum mulieri in dotem ab ea datum esset.

Befreiend wirkt bei der a° nicht die imaginaria solutio — diese Bezeichnung ist vielmehr als geistreiche Spielerei der römischen Juristen anzusehen — sondern der in Frage und Antwort gekleidete Consens der Parteien[1]). Dernburg und Baron erkennen den Vertragscharakter der a° an; aber sie erblicken in ihr eine abstracte Tilgungserklärung des Gläubigers[2]). Daher könne auch die solutio causa der a° sein. Allein hierauf ist zu erwidern, dass eine Reihe von Quellenstellen a° und Zahlung scharf auseinanderhalten.

fr. 71 § 2 D. 46, 3:

Item si ignorans creditor procuratori suo solutum servo debitoris filiove acceptum fecerit, postea autem rescierit et ratum habuerit, confirmatur solutio et quod acceptum latum sit, nullius momenti est: et contra, si ratum non habuerit, quod acceptum fecerit, confirmatur.

Der Gläubiger acceptoferirt dem Haussohne oder Sclaven des Schuldners, ohne zu wissen, dass seinem Procurator bereits gezahlt worden ist. Der Rechtseffect schwebt: bei Ratihabition der Zahlung ist die a° nichtig[3]), während sie bei Versagung der Genehmigung als rechtsbeständig gilt und das Gezahlte condicirt werden kann (vgl. fr. 71 § 1 und § 3 D. 46, 3).

fr. 81 D. 17, 2 in fine:

...... quod si accepto a marito liberata esset, nequaquam imputari posse societati non solutam pecuniam.

Nirgends kann deutlicher ausgesprochen sein, als hier, dass a° und Zahlung einander ausschliessen.

---

[1]) fr. 1 D. 46, 4 (Definition Modestins); fr. 5 D. 2, 15. A. M. Pernice, Parerga III. Z.S.St. IX, S. 212 f. — [2]) Dernburg a. a. O. S. 150 Anm. 6. Baron a. a. O. S. 309. — [3]) Keine Spur davon, dass die a° gleichwohl processualisch von Werth gewesen sei (gegen Bähr).

fr. 41 D. 2, 14:

Intra illum diem debiti partem mihi si solveris, acceptum tibi residuum feram et te liberabo.

Bei rechtzeitiger Theilzahlung wird dem Schuldner der Erlass der rückständigen Rate fest in Aussicht gestellt. Die a° beschränkt sich auf die Restschuld; die Theilzahlung wird nicht mit ergriffen.

c. 4 C. 8, 41 (42):

.... parte accepta de reliquo eos liberavit, cum .... neque in eo, quod non solvebatur, eos liberare potuerit.

c. 6 C. 8, 42 (43):

.... nec de superfluo eos .... per acceptilationem liberavit .....

c. 7 C. 8, 35 (36):

Si ex maiore debiti quantitate minor tibi soluta est nec liberationem debitori tuo praestitisti ....

In allen diesen Fällen beschränkt sich die a° auf die nichtgezahlte Theilschuld. Von einer Bestätigung der vorausgegangenen Theilzahlung mittelst der a° ist nicht die Rede.

c. 1 C. 8, 43 (44):

Iam tibi rescripsi posse apud iudicem quaeri, an sollemnibus verbis tutoris auctoritate interveniente soror tua acceptilatione debitorem suum liberaverit; quare si in repetenda pecunia, quam exsolvit, diversa pars perseveraverit, uteris defensionibus competentibus.

Hier concurriren a° und Zahlung mit einander. Der status controversiae ist folgender: die condictio indebiti wird angestellt. Der Beklagte wendet ein, der Erlass, auf den der Kläger das „indebitum solutum“ zu stützen suche, sei ungültig gewesen. Erstens sei die solenne Form nicht gewahrt worden, und dann habe der Vormund der Gläubigerin sein Vollwort nicht ertheilt.

Der Kaiser Antoninus rescribirt: der iudex solle den Fall untersuchen und die etwa begründeten Einreden des Beklagten berücksichtigen.

Der Erlass ist offenbar der Zahlung vorausgegangen[1]).

[1]) Vgl. fr. 39; fr. 40 D. 12, 2; c. 5 in fine C. 2, 3; fr. 59 D. 12, 6 (statt „fideiussor iure liberatus“ schrieb der classische Jurist: sponsor biennio liberatus).



Wir gewinnen den Satz: einer rechtsgültigen a° kann die solutio nicht nachfolgen. Das Gezahlte wird in solchem Falle condicirt. Unbewiesen ist daher die Behauptung Bährs, dass die Zahlung als implendae acceptilationis causa geschehen betrachtet wurde.

Wir erkennen aus dem Vorhergehenden, dass die Zahlung als causa der a° ausgeschlossen ist.

Die in den Quellen regelmässig wiederkehrenden causae der a° (Schenkung, Dosbestellung, Vermächtniss und Vergleich) [1]) erklären sich aus der ausschliesslichen Erlassfunction der a°. Die Erlassnatur der a° spricht sich auch darin aus, dass dieselbe häufig als reale Vermögensleistung des Gläubigers an den Schuldner angesehen wird [2]). Sie ist, wie gesagt, eine Veräusserung im weiteren Sinne. In Fällen, wo die a° im Hinblick auf ein künftiges Ereigniss oder in Erwartung einer Gegenleistung erfolgt, macht sich diese Denkform besonders geltend. Sobald das Ereigniss nicht eintritt oder die Gegenleistung ausbleibt, ist der befreite Schuldner grundlos bereichert: dem früheren Gläubiger wird eine condictio in Höhe der ehemals geschuldeten Geldsumme gegeben [3]).

Zum Schluss sei darauf hingewiesen, dass die ungültige a° als pactum de non petendo, d. h. als formloser Erlassvertrag aufrecht erhalten werden kann [4]).

---

[1]) Schenkung: fr. 17 D. 39, 5; fr. 24; fr. 31 §§ 1. 4; fr. 35 § 6 D. 39, 6. Dosbestellung: fr. 41 § 2; fr. 43 pr. § 1 D. 23, 3; fr. 10 D. 12, 4. Vermächtniss: fr. 3 § 3; fr. 5 pr. § 3 D. 34, 3. Vergleich: fr. 2; fr. 4; fr. 5; fr. 9 § 2; fr. 15 D. 2, 15; c. 3; c. 4; c. 15 C. 2, 4. — [2]) fr. 31 § 4 D. 39, 6: Per accepti quoque lationem egens debitor liberatus totam eam pecuniam, qua liberatus est, cepisse videtur. fr. 3 pr. D. leg. III: Si mulier dotem stipulata fuerit et accepto tulit marito .... percepisse ... aliquid a muliere videtur. fr. 1 § 2 D. 36, 4: Si debitori liberatio sit relicta, non est exigenda cautio, quia habet penes se legatum. — [3]) Besonders bezeichnend ist das fr. 24 D. 39, 6: namque acceptilatione interveniente abitum ab iure pristinae obligationis eamque in huius (ius?) condictionis transfusam. Der classische Jurist hat in dieser Stelle von der Bürgschaftssponsion gesprochen. Vgl. auch die ungeschickte Interpolation im fr. 34 § 1 D. 46, 3. Lenel, Palingenes., bemerkt zum fr. 24 cit. bloss: „Exceptionis legis Cinciae occasione haec tractata esse suspicor.“ Vgl. fr. 4; fr. 10 D. 12, 4; fr. 8 § 8 D. 16, 1; fr. 35 § 6 D. 39, 6. Das fr. 9 D. 19, 5 gehört gleichfalls hierher. Papinian erwähnt freilich die condictio nicht möglich ist sie jedenfalls. — [4]) fr. 27 § 9 D. 2, 14; fr. 8 pr. D. 46, 4.

Ich fasse zusammen:

1. Die a° des älteren Rechts ist muthmasslich ein abstracter Schuldtilgungsact, dessen causa auch die solutio sein kann.

2. Die a° des classischen Rechts ist ein reiner Erlassvertrag, dessen causa die solutio nicht sein kann.

§ 2.
Die griechische Quittung.

Die Bedeutung der Schrift bei den Griechen ist nicht hoch genug anzuschlagen. Festgestellt ist bereits von Mitteis und Anderen[1]), dass die griechische Syngraphe formal verpflichtete. Einen besonderen Typus derselben stellt das „*δάνειον*" dar. Dieses kann zufolge seiner abstracten Verpflichtungskraft die verschiedensten causae haben (Darlehen, Schenkung, Dosbestellung, Novation u. s. f.). Der Einwand, Valuta sei nicht gezahlt worden, ist dem Schuldner rundweg abgeschnitten. Welche Natur kommt nun der griechischen Quittung zu? Tilgt sie die Schuld formal, oder ist sie als blosses Beweismittel der Zahlung anzusehen? Die griechisch-ägyptischen Papyri des Berliner Museums geben uns in dieser Hinsicht einen Fingerzeig[2]). Kürzlich hat R. Behrend auf Grund dieser Papyri nachzuweisen gesucht, dass die *ἀποχή* eine Beweisurkunde sei, welche stets — mag sie objectiv oder subjectiv gefasst sein — als chirographum angesehen werden müsse[3]). Ich kann mich dieser Ansicht nicht anschliessen. Es leuchtet zunächst ein, dass Quittungen, die das mit notariellen Functionen betraute Amt (*γραφεῖον*, *ἀρχή*, *ἀγορανόμος*) redigirt, doch unterschieden werden müssen von Quittungen, die der Gläubiger selbst ausstellt. Jene enthalten ein Protocoll des mündlichen Quittungsactes, diese hingegen sind reine chirographa[4]). So-

---

[1]) Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht S. 468 f. Mitteis, Grünhuts Zeitschr. XVII, S. 568 f. Revillont, Les obligations en droit Égyptien S. 81 f. Schupfer, Singrafe e chirografi. Roma 1889. S. 4 f. A. M. Gneist, Die formellen Verträge. 1845. S. 475 f. — [2]) Aegyptische Urkunden aus den königlichen Museen zu Berlin. Bd. I. 1895. Die in der Folge citirten Nummern beziehen sich auf diese Ausgabe. — [3]) R. Behrend, Beiträge zur Lehre von der Quittung. Leipzig 1896. S. 9. 10. 12. — [4]) Quittungen mit objectiver Fassung: N. 196. N. 297. N. 394. Chiro-



dann scheint mir die Charakterisirung der ἀποχή als eines widerleglichen Beweismittels der Zahlung nicht zutreffend zu sein. Vor Allem verträgt sich nicht mit dieser Auffassung die überaus häufig mit dem Empfangsbekenntniss verknüpfte Verzichtsklausel, die auch in vorrömischer Zeit griechischen Quittungen beigefügt zu werden pflegt[1]).

N. 196 lin. 25 f.: *μηδ' . . . . . περὶ ὧν ἀπέχει . . . . . μηδὲ περὶ ἄλλου . . . . . μηδ' ὀφειλήματος μηδὲ παντὸς συναλλάγματος . . . . . ἀπὸ τῶν ἔμπροσθεν χρόνων μέχρι τῆς ἐνεστώσης ἡμέρας τρόπῳ μηδενί.*

N. 281 lin. 20 f.: *καὶ οὐδὲν αὐτῇ ἐνκαλεῖ περὶ οὐδενὸς ἁπλῶς μέχρι τῆς ἐνεστώσης ἡμέρας.*

N. 297 lin. 19 f.: *ἐπελεύσεσθαι* (Corr. statt *ἐπελεύσασθαι* vgl. N. 13 lin. 11 f.) *μήτε π[ερὶ . . . .] [μ]ηδὲ περὶ ἄλλου μηδενὸς ἁπλῶς τρόπῳ μ[η]δενὶ . . . . .*

N. 187 lin. 6 f.: *καὶ οὐδέν σοι ἐνκαλῶ π[ερὶ] οὐδενὸς ἁπλῶς πράγμ[ατ]ο[ς . . . . . .*

N. 77 lin. 13: *ἀπ[ὸ τῶν ἔμπροσθεν χρόνων μέ]χρι τῆς ἐνεστώση[ς] ἡμέρας κατὰ μηδένα τ[ρόπον].*

Ferner spricht gegen die Beweismittelnatur der ἀποχή das Vorkommen einer und derselben Bekräftigungsklausel in Testamenten, Schuldscheinen und Quittungen. Die Uebereinstimmung aller griechischen Urkunden in dieser Beziehung deutet vielmehr auf Gleichheit ihres Charakters. Einige Beispiele mögen dies veranschaulichen.

fr. 29 § 1 D. 28, 1:

Ex his verbis, quae scripturae paterfamilias addidit: *ταύτην τὴν διαθήκην βούλομαι εἶναι κυρίαν ἐπὶ πάσης ἐξουσίας*, videri eum voluisse omnimodo valere . . . . .

N. 69 (Schuldschein) lin. 12 f.: *τὸ δὲ χειρόγραφον τοῦτο [κύρ]ιον ἔστω πανταχῇ καὶ παντὶ . . . . .*

N. 272 (Schuldschein) lin. 16 f.: *τὸ δὲ χειρόγραφον τοῦτο . . . . [κύρ]ιον ἔστω.*

N. 297 (Quittung) lin. 20. 21: *μενούσης κυρίας τῆς τοῦ τροφίμου ὁμολογίας.*

---

grapharische Quittungen: N. 44. N. 260. N. 187. N. 200. Vgl. Mitteis, Hermes XXX, S. 598.

[1]) Leemans, Papyri Graeci. I. tom. Pap. C. p. 22.

N. 260 (Quittung) lin. 7 f.: *Ἡ χὶρ (χεὶρ) ἥδε κυρία ἔστωι πανταχῆι* . . . . .

Auf zwei Papyri glaube ich besonders Rücksicht nehmen zu müssen, da mir aus ihnen hervorzugehen scheint, dass nicht nur Baarzahlung, sondern auch andere Tilgungscausae beim Quittungsact in Betracht kommen konnten. Es sind dies die Papyri N. 179 und N. 77,

N. 179 (aus der Zeit des Antoninus Pius) stellt einen Brief des Gläubigers an den Schuldner dar und enthält zum Schluss eine Quittung. Die Interpretation macht viel Mühe, da der Text stellenweise Lücken hat. Ich vermuthe folgenden Thatbestand. Die ursprüngliche Schuldsumme beträgt 208 Drachmen, während die mittlerweile aufgelaufenen Zinsen 176 Drachmen betragen. Das Verbot „ultra alterum tantum" Zinsen zu nehmen — im Eingange des Papyrus wird darauf hingewiesen — galt auch in Aegypten[1]). Der Gläubiger dringt daher auf einen Zinscapitalisirungsvertrag[2]). Die Quittung, betreffend den Empfang von 176 Drachmen, ist fingirt. Dadurch wird die Erlöschung der Zinsenforderung zum formalen Ausdrucke gebracht. Der Schuldschein hingegen wird vom Gläubiger selbst inhaltlich neugestaltet, so dass die nunmehrige Schuldsumme 384 Drachmen beträgt. Eine Art von Novation ist auf diese Weise zu Stande gekommen.

Der andere Papyrus N. 77 verdient insofern Beachtung, als die in ihm enthaltene Quittung von den nächstberechtigten Erben der Gläubigerin (Ptolemais) unterschrieben wird (vgl. N. 77 lin. 18: *κληρονόμους ὑπογραφέας τῆς ὁμολογίας*). Die Zuziehung der Erben war griechischer Brauch bei Freilassungen, Schenkungen und Vergleichen[3]). Vermuthlich liegt daher hier ein Erlass donationis oder transactionis causa vor.

Ich ziehe den Schluss: die griechische Quittung ist stets dispositiv und wirkt abstract, d. h. unabhängig von der Tilgungscausa. Das Empfangsbekenntniss ist also, abgesehen von Willensmängeln, unanfechtbar. Die beiden obenerwähnten Klauseln

[1]) Diodor 1, 79; vgl. Mitteis, Grünhuts Zeitschrift XVII, S. 574 Anm. 49. — [2]) Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht S. 469. S. 482. — [3]) Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht S. 338. S. 372 f. Mitteis, Hermes XXX, S. 612. Vgl. auch c. 32 C. 7, 16 (Athenaidi); c. 1 in fine C. 7, 20 (Theodorae); c. 6 C. 8, 55 (56); c. 8 C. 7, 14 (Callimorpho).

— Verzichts- und Bekräftigungsklausel — haben hiernach ausschliesslich den Zweck, den latent-dispositiven Charakter der *ἀποχή* zum erkennbaren Ausdruck zu bringen. Aus der dispositiven Natur der *ἀποχή* erklärt sich auch die Zuziehung des Geschlechtsvormunds in Fällen, wo Frauen quittiren[1]).

Typisch für die griechische Auffassung von Schuldschein und Quittung ist übrigens das fr. 40 pr. D. 4, 4 von Ulpian:

> Minor annis viginti quinque, cui fideicommissum solvi pronuntiatum erat, caverat id se accepisse et cautionem eidem debitor quasi creditae pecuniae fecerat. in integrum restitui potest, quia partam ex causa iudicati persecutionem novo contractu ad initium alterius petitionis redegerat.

Ohne dass hin- und herübergezahlt worden ist, findet hier ein Austausch von Quittung und Schuldschein statt. Beide Urkunden sind dispositiv. Während die Quittung das alte Schuldverhältniss zerstört, verkörpert sich im Schuldscheine die Novation in Form eines fingirten Darlehns[2]). Diese Sondermeinung Ulpians muss auf griechischen Einfluss zurückgeführt werden. Mitteis und Andere haben bereits auf die gräcisirende Richtung der spätclassischen Jurisprudenz aufmerksam gemacht[3]). In der Praxis gelangte indessen die Theorie Ulpians nicht zur Anerkennung. Denn Diocletian lehnt ausdrücklich die griechische Schuldumwandlung mittelst eines formal verpflichtenden „*δάνειον*" ab. Dies besagt die an einen Griechen adressirte c. 6 § 1 C. 4, 2:

> Si vero citra vinculum stipulationis tantum mutuam pecuniam datam conscriptum est ...... simulatis pro infectis habitis huiusmodi placitum nihil de praecedenti mutavit obligatione.

Was die Quittung betrifft, so geräth Ulpian insofern mit sich selbst in Widerspruch, als er im fr. 19 § 1 D. 46, 4 auf

---

[1]) Vgl. Pap. N. 196. N. 297. N. 77. N. 281. Ueberall heisst es „*μετὰ κυρίου*". — [2]) Vgl. fr. 15 D. 12, 1 (Ulpian). A. M. Julian-Afrikan: arg. fr. 34 pr. D. 17, 1. Salpius, Novation und Delegation S. 332 f. Salkowski, Die Novation nach römischem Recht S. 43 f. Schauberg, Ueber Novation durch Wechsel ZHR. XI, S. 264. Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 3. Aufl., 1895. S. 209. Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht S. 459 f. Mitteis, Grünhuts Zeitschrift XVII, S. 581 f. Windscheid, Pandekten 7. Aufl. § 354 Anm. 2. Striethorst, Archiv Bd. 67 S. 159 f. — [3]) Mitteis, Grünhuts Zeitschrift XVII, S. 582 und Note 65.

ihre Beweismittelnatur hindeutet. Denn die Quittung erscheint ihm hier keineswegs als Dispositivact, sondern als Zahlungsbestätigung. Bemerkenswerth ist auch die const. 13 C. 8, 42 (43), adressirt an einen gewissen Philotimos. Im Gegensatz zur griechischen Rechtsanschauung, wonach die Obligation mit der Quittungsertheilung erlischt[1]), rescribirt hier Diocletian: figmento veritatis extingui non potuit obligatio.

§ 3.
Die Pompejanischen Wachstafeln.

Litteratur: De Petra, Le tavolette cerate di Pompei. Romae 1876. Mommsen, Hermes XII, S. 88 f. Giornale degli scavi di Pompei 1879. Nuova Serie N. 28. S. 70 f. Brunner, Zur Rechtsgeschichte der römischen und german. Urkunden. 1880. S. 44 f. Bruns, Z.R.G. XIII, S. 360 f. Bruns, Die Unterschriften in den römischen Rechtsurkunden, Abh. der Berl. Akademie. 1876. S. 43 f. Bruns, fontes S. 314 f. Hruza, Grünhuts Zeitschr. XII, S. 249 f. Karlowa, Grünhuts Zeitschr. IV, S. 497 f. Kuntze, Excurse über römisches Recht. 2. Aufl. 1880. S. 539 f.

Zwei Urkundentypen begegnen uns in den Pompejanischen Quittungstafeln: die schlichte Zeugenurkunde und das chirographum. Die Zeugenquittung rührt vom Destinatär (L. Caecilius Iucundus) her, die chirographarische Quittung dagegen vom Gläubiger oder dessen Vertreter[2]). Die letztere wird aller-

---

[1]) Vgl. Babylon. Vorträge von Peiser-Kohler. Berlin 1890. Jurist. Excurs S. 37. S. 67. Bei den Babyloniern — führt Kohler aus — variire die causa der Quittung (Zahlung, Erlass, Anweisung, Novation). Lucillius Anth. Palat. Dübner. Paris 1872. XI, 233 („Φαῖδρος ἔγραψε λαβὼν εἰκονικὴν ἀποχήν“) vgl. annotatio in caput XI. 233: „Scripsit pragmaticus apocham εἰκονικὴν, in qua scilicet scripturae Rufi imaginem adeo similem effecerat, ut ipsa esse Rufi manus videretur, ac sic Phaedro liberatio pecuniae contingeret non solutae“. Die Pointe besteht darin, dass die ἀποχή unbedingt befreit. — [2]) Vgl. Brunner a. a. O. S. 44 f. Spuren der vom Schuldner herrührenden „perscriptio“ finden wir noch bei nichtjuristischen Schriftstellern. Terenz, Phormio 5, 8, 30: Quod ..... perscripsi porro illis quibus debui; vgl. Mommsen a. a. O. S. 112 Anm. 1. Dass der Schuldschein in Form einer Zeugenurkunde vom Gläubiger herrührt, steht fest. fr. 29 D. 44, 7, vgl. fr. 39 § 1 D. leg. III. Pompejan. Fiducia-Urk. (Bruns, fontes p. 292 f.). Cicero pro Rosc. Com. 13, 37. Horaz, Sat. II, 3. 69 f.

seits als Beweismittel der Zahlung anerkannt, während die Meinungen bezüglich der Zeugenquittung auseinandergehen.

Mommsen [1]) erblickt in der Zeugenquittung die Beurkundung einer vor sieben Zeugen stattfindenden a° und folgert daraus, dass die Zahlung an sich den Stipulationsschuldner damals nicht liberirte; im habere-Bekenntnisse des Gläubigers stecke der deutliche Hinweis auf die a°, ebenso kennzeichne die Klausel „ex interrogatione facta tabellarum signatarum" den durch Frage und Antwort zu Stande kommenden Quittungsact [2]); die Zeugen seien zum Beweise des Formalactes zugezogen. Karlowa schliesst sich Mommsen an [3]). Bruns [4]) macht dagegen geltend, dass die Acceptilationsformel nirgends in ihrer vollen Fassung vorkomme. Die einseitige Erklärung des Gläubigers könne nicht als ausreichend erachtet werden, da man im ersten Jahrhundert schwerlich so lax mit der Form gewesen sei. Die Klausel „ex interrogatione facta tabellarum signatarum" beziehe sich nicht auf die a°, sondern bedeute bloss „nach Einsicht der versiegelten Tafeln". Ueberdies sei das habere-Bekenntniss nicht durchweg in den Zeugenquittungen verwerthet [5]). Bruns subintelligirt daher ein einfaches Empfangsbekenntniss vor Zeugen, das vom Auctionator protocollirt wird [6]).

Die Bruns'sche Ansicht verdient den Vorzug vor der Mommsen'schen. Abgesehen davon, dass die a° im ersten Jahrhundert bereits einen Erlassvertrag darstellte, muss hervorgehoben werden, dass eine Stellvertretung bei diesem Formalact unzulässig erscheint, es sei denn, dass die Obligation novirt wird (arg. fr. 13 § 10 D. 46, 4). Aus diesem Grunde ist N. 3 sicherlich keine Acceptilationsurkunde.

N. 3: HS. n . . . . . . numeratos accepisse dixit C. Iulius Onesimus ab M. Facio Agathino nomine L. Caecili Iucundi.

Zum Mindesten hätte doch die Novation erwähnt werden müssen. Statt dessen figurirt der freie Stellvertreter schlecht-

---

[1]) Mommsen a. a. O. S. 108 f. — [2]) De Petra, le tavolette cerate di Pompei N. 15. N. 23. N. 34. — [3]) Karlowa a. a. O. S. 504. — [4]) Bruns, Z.R.G. XIII S. 360 f. — [5]) De Petra a. a. O. N. 1. N. 3. N. 38. — [6]) Mit Unrecht wird von Bruns (fontes S. 314) die const. 14 C. 8, 42 (43) herangezogen. Die Quittung kann ebensogut eine chirographarische sein (vgl. Brunner a. a. O. S. 46 Anm. 2).

weg. Eine einfache Zahlungsbestätigung liegt hier m. E. vor. Von Interesse ist auch N. 114.

N. 114: (S)olutio auf dem Rande der II. tabula. Tript. Scr. int.

Sestertia duo milia ..... quingentos viginti numm. nomine M. Agathini ......

Act. Pom. . . .

P. Mario C(e)l(s)o L. Afinio Co(s).

Mommsen supponirt ein chirographum. Verdächtig ist jedoch die Nennung der Consuln am Ende: denn sämmtliche Auctionsquittungen, deren innere Scriptur objectiv gefasst ist, haben das Datum mit den Consuln unten. Umgekehrt verhält sich's aber mit den chirographarischen Quittungen. Sollte N. 114 trotzdem ein chirographum sein? Wenn nicht, so erwächst uns daraus ein neues Argument gegen die Mommsensche Acceptilationsurkunde. Die Rubrica „Solutio“ bezeichnet zweifellos die einfache Zahlung (vgl. N. 121). Es handelt sich also um deren Beweis. Der Passus „nomine M. Agathini“ deutet auf eine Stellvertretung, die — wie bereits bemerkt wurde — mit der a° unvereinbar ist. Wie erklärt sich endlich, wenn wir nach dem Vorgang Mommsens die Zeugenquittung auf eine a° beziehen, die fehlende tutoris auctoritas in Fällen, wo Frauen quittiren?

N. 34: HS. n ..... persoluta habere se dixsit Tullia Lampyris . . . .

N. 15: HS. n ...... persoluta habere se dixsit Umbricia Ianuaria . . .

Gaius betont zweimal (vgl. Inst. II. 85; III. 171), dass Frauen „sine tutoris auctoritate“ nicht acceptoferiren können. Die Berufung auf die lex Claudia (vgl. Gaius Inst. I. 157. 171; Ulpian reg. XI. 8) ist m. E. nicht stichhaltig, da diese doch nur die legitima tutela mulierum beseitigte. Ohne Mommsen und Karlowa beizupflichten, glaubt Erman[1]) im habere-Bekenntniss einen specifisch-römischen, mündlichen Quittungsact zu erblicken. Ich kann nicht umhin, diese Hypothese als schwach begründet zu bezeichnen. Anzuerkennen ist, dass im

[1]) Erman, Zur Geschichte der römischen Quittungen und Solutionsacte. Berlin 1883. S. 3 f. S. 10 f. S. 18 f.

habere-Bekenntniss die reale Befriedigung des Gläubigers einen besonders prägnanten Ausdruck findet[1]). Aus diesem Grunde mag der rechtskundige Bankier, von dem die Zeugenquittungen herrühren, mit Vorliebe „habere" gebraucht haben. Oder sollte eine Beeinflussung durch den griechischen Urkundenstil (*ὁμολογεῖ ἔχειν*) — zumal in Pompeji — stattgefunden haben? Inhaltlich unterscheidet sich das habere-Bekenntniss vom chirographarischen Empfangsbekenntniss keineswegs. Uebrigens enthalten einige Zeugenquittungen geradezu ein Empfangsbekenntniss: darüber kommt Erman nicht hinweg (vgl. N. 1. N. 3. N. 38). In den siebenbürgischen Kaufcontracten lautet die Kaufpreisquittung sogar „accepisse et habere se dixit". Auch darauf sei hingewiesen, dass das habere-Bekenntniss sich in chirographarischen Quittungen findet. Als Beispiel mag dafür das fr. 89 pr. D. 46, 3 dienen, wo die Quittung mit den Worten beginnt: Titius Maevius dico me accepisse et habere et accepto tulisse ..... Mir scheint daher entschieden eine typische habere-Quittung nicht anzunehmen.

Fassen wir zusammen: mag die Quittung mündlich erklärt und darauf protocollirt oder aber schriftlich ertheilt sein, in beiden Fällen handelt es sich um den Beweis der Zahlung.

§ 4.
Die apocha des classischen Rechts.

Trotz der Spärlichkeit unserer Quellen lässt sich mit einiger Sicherheit behaupten, dass die apocha von der römischen Jurisprudenz als Beweismittel der Zahlung angesehen wurde. Dies kann nicht überraschen, nachdem wir im vorigen Abschnitte die Beweismittelnatur der Pompejanischen Quittungstafeln festgestellt haben. Ich stelle die Quellenaussprüche, die darauf deuten, dass der Quittung die ausschliessliche Function einer Zahlungsbestätigung zugeschrieben wurde, zusammen.

fr. 46 § 5 D. 26, 7:

Tutelae iudicio tutor conventus edidit librum rationum et secundum eum condemnatus solvit: postea cum a debitoribus paternis, quorum nomina libro rationum non inerant,

[1]) Vgl. über habere mit dem Part. Perf. Pass. Thielmann, Archiv für latein. Lexikographie II. S. 418 f.

exigere vellet pupillus, prolatae sunt ab his apochae tutoris: quaesitum est, utrum adversus tutorem an adversus debitores actio ei competat. Paulus respondit, si tempore administrandae tutelae tutori tutelam gerenti debitores solvissent, liberatos eos ipso iure a pupillo .....

fr. 9 § 7 D. 26, 7[1]):

Non tantum autem sibi solvere tutor, verum etiam sibi creditam pecuniam scribere potest ......

fr. 89 pr. D. 46, 3:

Ex pluribus causis et chirographis creditor ita cavit: 'Tit[i]us Maevius dico me accepisse et habere et accepto tulisse a Gaio Titio reliquum omne ratione posita eius pecuniae, quam mihi Stichus Gaii Titii servus caverat'. quaesitum est, an .... integra manet actio ex reliquis chirographis .... respondit eam solam obligationem dissolutam, ex qua solutum proponeretur.

fr. 15 D. 22, 3:

Quidam .... hereditatem Gaii invasit et fratribus eiusdem .... fideicommissa solvit, cautionem accepit: qui postea cognito, quod filius fratris eorum non fuisset, quaerebant, an cum eo de hereditate fratris possint, propter emissam manum ab eis quasi filio, agere. Modestinus respondit cautione exsoluti fideicommissi statum eius ...... minime confirmatum esse ....

fr. 27 § 2 D. 47, 2:

Apocha quoque si fuerit subrepta, aeque dicendum est furti actionem in id quod interest locum habere: sed nihil mihi videtur interesse, si sint et aliae probationes solutae pecuniae.

fr. 19 § 1 D. 46, 4:

Inter acceptilationem et apocham hoc interest, quod acceptilatione omni modo liberatio contingit, licet pecunia soluta non sit, apocha non alias, quam si pecunia soluta sit.

fr. 32 § 1 D. 26, 7:

Modestinus respondit damnum si quod accidit eo, quia

---

[1]) Vgl. Eck, Separatabdruck aus Z.H.R. XXXIX, S. 5 f. (Recension von Rümelin, Das Selbstcontrahiren des Stellvertreters nach gemeinem Recht. Freiburg i/Br. 1888).



cautiones soluti vectigalis inventae non sunt, ad tutorem .... minime pertinere.

fr. 52 pr. D. 19, 1:

Creditor fundum sibi obligatum, cuius chirographa tributorum a debitore retro solutorum apud se deposita habebat, vendidit Maevio .... idem fundus ob causam eorum tributorum, quae iam soluta erant, a conductore saltus .... venit eumque idem Maevius emit et pretium solvit: quaesitum est, an empti iudicio vel aliqua actione emptor a venditore consequi possit, ut solutionum supra scriptarum chirographa ei dentur. respondit posse emptorem empti iudicio consequi, ut instrumenta, de quibus quaereretur, exhibeantur.

c. 2 C. 9, 1:

Si cautiones, quibus Secundinus solutam Ingenuo pecuniam probare se dicit ....

c. 14 C. 8, 42 (43):

Pecuniae solutae professio collata instrumento maiorem gestae rei probationem continet ......

Als Beweismittel der Zahlung ist die apocha widerleglich, d. h. dem Gläubiger steht der Gegenbeweis, dass die Zahlung nicht erfolgt sei, jederzeit offen. Die apocha kann ferner bei der condictio indebiti mit Erfolg zum Beweise des „indebitum solutum“ verwerthet werden. Aus dem Beweismittelcharakter der apocha erklärt sich auch, dass die Römer eine Klage auf Quittungsertheilung nicht gekannt haben. Die condictio liberationis richtete sich einzig und allein auf Befreiung des sine causa obligirten Schuldners[1]). Auf Vorweisung resp. Hergabe von bereits vorhandenen Quittungen konnte allerdings geklagt werden[2]).

Die römische Quittung unterscheidet sich also wesentlich von der griechischen ἀποχή, die kraft ihrer unbedingten Beweiskraft formal wirkte. Aber auch von der a° muss sie

[1]) fr. 3 D. 12, 7; fr. 5 § 1 in fine D. 19, 1; fr. 2 §§ 3. 4 D. 39, 5; fr. 7 pr. § 1 D. 44, 4. — [2]) arg. fr. 52 pr. D. 19, 1. Auffallend ist, dass die Steuerquittungen dem Käufer des im Pfandnexus befindlichen Grundstücks nicht sofort eingehändigt werden. Es mochte wohl ein rechtliches Interesse bestehen: die Quittungen umfassten etwa die Steuern mehrerer dem Pfandschuldner gehörigen Grundstücke.

scharf getrennt werden. Denn die a° dient keinesfalls als Beweismittel der Zahlung. Ulpian sucht offenbar im fr. 19 § 1 D. 46, 4 einer Verwechselung der Quittung mit der a° vorzubeugen.

Bähr behauptet im Gegensatz hierzu, die Quittung sei schon im classischen Recht Formalvertrag gewesen. Einerseits sei die a° eine feierliche Quittung, andererseits stehe die apocha auf gleicher Linie mit einem pactum de non petendo[1]). Nachgewiesen habe ich bereits, dass die a° als formaler Erlassvertrag mit der Quittung nichts gemein hatte. Die Gleichstellung der apocha mit dem pactum de non petendo halte ich für unbegründet. Zwei Codexstellen, auf die Bähr besonders Gewicht legt[2]), kommen hierbei in Betracht.

c. 1 C. 6, 44:

Verba testamenti, quae inseruisti, aut solutam pecuniam debitam testatori declarant aut voluntatem eius liberare volentis debitorem manifeste ostendunt. et ideo aut peti quod solutum est non potest aut ex causa fideicommissi, ut debitor liberaretur, agendum est, nisi liquido probari possit eum non liberari debitorem voluisse, sed errore lapsum solutam sibi pecuniam existimasse.

c. 4 C. 6, 44:

Si dotem, ut proponis, defuncta in matrimonio uxore tua patri eius reddidisti, vel etiam ea non reddita testamenti verbis, ut adseveras, munitus es, quibus recepisse dotem universam quondam socer tuus significavit, ne hoc nomine conveniaris, sollicite agere non debes, cum aut soluta dote nulla supersit actio aut non reddita adversus petentem iuxta defuncti voluntatem parata sit exceptio.

In beiden Fällen fragt es sich, welche Bedeutung einer testamentarisch erklärten Quittung zukomme. In der const. 1 cit. rescribirt Antonin, entweder sei die Schuld bezahlt oder ein Liberationslegat beabsichtigt. Unbenommen sei dem Erben der Beweis, der Testator habe irrthümlich angenommen, die Schuld sei bereits bezahlt. In der const. 4 cit. rescribirt Gor-

[1]) Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 3. Aufl., 1895. S. 87 f. S. 182 f. S. 196. A. M. Schlesinger, Zur Lehre von den Formalcontracten und der Querela n. n. pecuniae. 1858. S. 149. — [2]) Bähr a. a. O. S. 164 f. S. 196.

dian, entweder sei die dos in der That zurückgegeben oder doch die Schuld kraft Liberationslegats erlassen.

Diese Quittungen haben freilich einen abstracten Anstrich, allein die Singularität springt in die Augen. Einmal legt die testamentarische Quittung die Vermuthung eines Liberationslegats besonders nahe, und sodann mag der favor testamentorum von Einfluss gewesen sein. Eine Ausbeutung beider Constitutionen im Sinne Bährs, die Quittung stelle schlechtweg ein abstractes Empfangsbekenntniss dar, ist daher unzulässig.

Huschke und neuerdings Dilloo erblicken in der römischen apocha gleichfalls eine Dispositivurkunde[1]). Dilloo stützt sich namentlich darauf, dass die Zahlung an sich den Schuldner nicht liberire[2]). Allein die Lehre Dilloos fällt in sich zusammen, da die ipso iure-Wirkung der Zahlung uns ausdrücklich bezeugt ist im

fr. 46 § 5 D. 26, 7:

.... Paulus respondit, si tempore administrandae tutelae tutori tutelam gerenti debitores solvissent, liberatos eos ipso iure a pupillo ...

sowie im fr. 46 § 7 D. 26, 7:

Tutoribus concessum est, a debitoribus pupilli pecuniam exigere, ut ipso iure liberentur ...

Vgl. auch fr. 1 § 1 D. 34, 2; fr. 38 § 1 D. 46, 3; fr. 28 D. 17, 1; fr. 44 § 4 D. 44, 7; fr. 141 § 5 D. 45, 1.

§ 5.

Verknüpfung von apocha und pactum de non petendo.

Es ist hier nicht der Ort, auf das pactum de non petendo näher einzugehen. Soviel steht fest: das pactum de n. p. ist der Erlassvertrag des prätorischen Rechts und wird ausschliesslich ope exceptionis geltend gemacht[3]). Die mannichfaltigen causae des pactum de n. p. (Schenkung, Vergleich, Dosbestellung und Vermächtniss)[4]) lassen auf seinen abstracten Charakter

---

[1]) Huschke, Darlehen S. 134 Anm. 2. Dilloo, Die Quittung im Recht und im Verkehr. Inaug.-Dissert. Berlin 1895. S. 73. — [2]) Dilloo a. a. O. S. 52. — [3]) Vgl. Altmann, Der Erlassvertrag. Leipzig 1891. S. 2. Bähr (a. a. O. S. 92 Anm. 6) will auch hier die solutio als mögliche causa anerkennen. — [4]) Schenkung: fr. 28 § 2 D. 2, 14; fr. 1 D. 2, 15; vgl. hierzu v. Völderndorff, Zur Lehre vom Erlass S. 33 f. Vergleich: fr. 80 (78)

schliessen. Das pactum de n. p. deckt sich daher im Punkt der Willensrichtung mit der a°. Ueberaus häufig wird der Quittung ein pactum de non petendo angehängt. Ich verweise vor Allem auf die griechische Rechtssitte, die *ἀποχή* durch eine umfangreiche Verzichtsklausel zu bestärken. Die griechisch-ägyptischen Papyri des Berliner Museums enthalten eine Fülle von solchen Quittungen. Der Anschaulichkeit halber sei mir gestattet, auch an diesem Orte einige Beispiele aufzuführen.

N. 281 lin. 20 f.: *καὶ οὐδὲν αὐτῇ ἐνκαλεῖ περὶ οὐδενὸς ἁπλῶς μέχρι τῆς ἐνεστώσης ἡμέρας.*

N. 297 lin. 19 f.: *ἐπελεύσεσθαι μήτε π[ερὶ . . . . .] [μ]ηδὲ περὶ ἄλλου μηδενὸς ἁπλῶς τρόπῳ μ[η]δενὶ . . .*

N. 187 lin. 6 f.: *καὶ οὐδέν σοι ἐνκαλῶ π[ερὶ] οὐδενὸς ἁπλῶς πράγμ[ατ]ο[ς . . .*

Vgl. auch N. 77. N. 196. N. 394. N. 415.

Ferner nimmt Scaevola in seinen Digesten ausdrücklich Bezug auf die der apocha beigefügte Verzichtsklausel.

Ich meine das fr. 67 § 3 D. 12, 6:

> Idem quaesiit, an pactum, quod in pariationibus adscribi solet in hunc modum 'ex hoc contractu nullam inter se controversiam amplius esse', impediat repetitionem. respondit nihil proponi, cur impediret.

Diese Verzichtsklausel kommt geradezu einem pactum de non petendo gleich [1]).

Ich will nun die einschlägigen Quellenstellen einer Prüfung unterziehen.

Das fr. 67 § 3 cit. hängt innerlich zusammen mit dem § 2 desselben Fragments [2]); dieses lautet:

> Titius . . . . . . bona sua privatim facta venditione Maevio concessit, ut satis creditoribus faceret: sed Maevius solvit

---

D. 36, 1; fr. 3 § 1 D. 35, 2; fr. 7 § 17 D. 2, 14. Vgl. Oertmann, Vergleich S. 113 f. S. 123. Dosbestellung: fr. 12 § 2 D. 23, 3. Vermächtniss: fr. 51 pr. D. 2, 14.

[1]) Vgl. fr. 35 D. 2, 14; c. 8 (9) C. 2, 3; c. 1 C. 2, 27 (28). — [2]) In den Fragmenten von Scaevolas Digesten behandeln die Paragraphen, die unter einander durch die Wendung „idem quaesiit" verbunden sind, immer ein und denselben Thatbestand. Vgl. fr. 18 pr. § 1 D. 36, 3; fr. 32 §§ 2. 3. 4 D. 33, 2; fr. 34 pr. § 1 D. 20, 1; fr. 27 §§ 1. 2 D. 33, 7; fr. 28 §§ 13. 14 D. 34, 3; fr. 36 pr. § 1 D. 33, 2; fr. 18 §§ 3. 4 D. 34, 1.

pecuniam Seio tamquam debitam, quae iam a Titio fuerat soluta: quaesitum est, cum postea reperiantur apochae apud Titium debitorem partim solutae pecuniae, cui magis repetitio pecuniae indebitae solutae competit .....

Die Verzichtsklausel findet sich am Ende der dem Titius vom Gläubiger ertheilten Quittung, die jetzt von Maevius zum Beweise des 'indebitum' verwerthet wird (vgl. fr. 52 pr. D. 19, 1). Die Schuld ist von Titius bloss zum Theil bezahlt worden; den Rest hingegen hat der Gläubiger donationis oder transactionis causa erlassen. Das der Quittung beigefügte pactum ist wenigstens geeignet, eine Erlasspräsumtion zu begründen. Die Deutung, dass die ganze Schuld von Titius ratenweise bezahlt worden sei, passt nicht. Denn die Juristen nennen die von den Parteien fest normirten Ratenzahlungen „pensiones" [1]), während sie für eine Mehrheit von einfachen Theilzahlungen den Ausdruck „particulatim" gebrauchen [2]).

Auch einige Codexstellen thun der Verknüpfung von Empfangsbekenntniss und pactum de non petendo in einer Urkunde Erwähnung.

c. 6 C. 8, 42 (43):

Si inter patrem tuum eosque, quos debitores esse dicebas, non de dubia lite transactio facta est, sed parte tantummodo recuperata universum se recepisse cavit .... nec donationis causa id factum [3]) est, exuberantis debiti integra ei repetitio competit.

c. 21 C. 8, 42 (43):

Interest multum, utrumne spe futurae numerationis suscepisse te quod instrumento continetur scripsisti, an accepta minore quantitate tantum quantum lectio probat in scripturam conferri placuit. nam superiori quidem casu residui petitio debiti manet integra, posteriori vero consensu transactionis finitis stare convenit.

In beiden Fällen hat der Gläubiger über die ganze Schuld quittirt, obgleich er nur einen Theil empfangen hatte. Es fragt sich, ob er sein Klagrecht bezüglich des Rückstandes behalten habe. In der const. 6 cit. rescribirt Gordian, das

---

[1]) arg. fr. 40 D. 12, 1. — [2]) arg. fr. 41 § 1 D. 22, 1 (Modestin); fr. 90 D. 46, 3 (Scavola); vgl. fr. 28 § 13 D. 34, 3 (Scaevola). — [3]) Noodt (Observ. II caput XXIV) liest statt „factum" pactum.



Klagrecht sei ungeschmälert, wenn die Parteien nicht einen Vergleich oder eine Schenkung beabsichtigt haben. Diese Verträge kleiden sich dann in die Form des der apocha beigefügten pactum de non petendo. Dementsprechend entscheidet Diokletian in der const. 21 cit., das Klagrecht solle dem Gläubiger zustehen, wenn er in Erwartung der Zahlung quittirt habe, dagegen nicht, wenn ein Vergleich vereinbart worden sei[1]). Vorausgesetzt wird auch hier als Annexum der Quittung ein pactum de non petendo.

Ergänzt werden diese Constitutionen durch die c. 7 C. 8, 35 (36):

Si ex maiore debiti quantitate minor tibi soluta est .... petere quod non probatur redditum, contra exceptionem pacti replicatione tuam adiuvans intentionem, minime prohiberis.

Elegant interpretirt Cuiacius (Opera IX. c. 1246) die Stelle:

„Exceptionem pacti excludi posita replicatione doli mali in hac specie: si creditor, qui partem pecuniae accepit, spe mox recipiendae alterius partis, non transigendi animo caverit se omnem pecuniam accepisse nilque amplius petiturum, et petat reliquam pecuniam, et opponatur ei exceptio pacti sive cautionis ab eo perscriptae, tuebitur se replicatione doli mali".

Hiernach steht dem Schuldner die exceptio pacti zu. Dagegen hat der Gläubiger replicando darzuthun, dass er in Erwartung der Restzahlung quittirt habe [2]).

Ich wiederhole: die exceptio pacti ist in der Regel nur dann begründet, wenn die Quittung die mehrfach erwähnte Verzichtsklausel enthält[3]). Die replicatio doli mali ist der exceptio pacti gegenüber zulässig. Das mit dem pactum de non petendo verknüpfte Empfangsbekenntniss unterscheidet sich also wesentlich vom einfachen Empfangsbekenntniss. Dieses ist stets Beweismittel der Zahlung, während bei jenem die

---

[1]) Besonders häufig äussert sich gerade der Vergleich in der Weise, dass ein Theil der Schuld gezahlt, ein Theil erlassen wird. Vgl. c. 12 in fine C. 5, 12; c. 24 C. 2, 4. — [2]) Vgl. Donell, Comment. iur. civ. IX, S. 1418 f. S. 1243 f. Unbefriedigend Schlesinger, Zur Lehre von den Formalcontracten und der Querela n. n. pecuniae. 1858. S. 247 f. S. 150 Anm. 44. — [3]) Vgl. c. 31 C. 2, 4 ('nihil amplius peti').

Tilgungscausa sich verflüchtigt. Dennoch glaube ich nicht, dass die Römer einer solchen Quittung, die unserer Generalquittung vergleichbar ist, die positive Kraft zuschrieben, da ihnen die Scriptur als blosses Beweismittel der Tilgung diente[1]).

§ 6.
Verfall der a° und ihre Verschmelzung mit der Quittung.

In erster Linie richte ich mein Augenmerk auf den tiefen Verfall der Stipulation in der nachclassischen Zeit. Nach der constitutio Antoniniana breitete sich die Stipulation in den Provinzen aus. Allein ihr wahres Wesen, das doch in der formalen Verpflichtungskraft bestand, verkannten die Provinzialen völlig. Nach wie vor erblickten sie in der Schrift das dispositive Element. Wie sollten sie auch die Stipulation verstehen, nachdem diese bereits aufgehört hatte, ein lebendiger, mündlicher Vertrag zu sein! Aus der Stipulation wurde, wie Mitteis überzeugend nachgewiesen hat, im Orient eine generelle Bekräftigungsklausel, die sogar Testamenten und Freilassungs-Urkunden angehängt wurde[2]). Aber auch im Occident wurde schliesslich das Wesen der Stipulation nicht mehr begriffen. Darauf deutet der ravennatische Papyrus N. 80 v. J. 564 (Marini, I papiri diplomatici, vgl. Spangenberg, tab. neg. p. 139 f.). Das „instrumentum plenariae securitatis" hat hier die Stipulationsklausel, obgleich sie überflüssig, ja widersinnig erscheint.

Ebensowenig verstand die Praxis des 6. Jh. den Begriff der stipulatio Aquiliana. Diese wurde mit der gewöhnlichen Stipulation verwechselt (Marini, I papiri N. 119 vom J. 551).

Der Zusammenhang der verborum obligatio mit der a° wurde auf diese Weise geradezu gelöst. Mit anderen Worten: die a° konnte als Correlat der Stipulation unmöglich verstanden werden[3]). Sie wurde vielmehr mit der apocha con-

---

[1]) A. M. Bähr a. a. O. S. 93. Die Dispositivurkunde hat sich bei den Römern allem Anschein nach spät entwickelt; arg. c. 17 pr. C. 4, 21. — [2]) Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht S. 485 f. Wessely, Wiener Studien IX, S. 241 f. — [3]) Die Rescripte, die eine Rechtsbelehrung über das Wesen der a° enthalten, beziehen sich zum grössten Theil auf An-



fundirt. Es kann unter solchen Umständen nicht Wunder nehmen, dass die römische Quittung ihre Beweismittelnatur allmählich abstreifte und sich zum abstracten Empfangsbekenntniss im Sinne einer Tilgungserklärung gestaltete. Diese Entwickelung wurde wesentlich dadurch gefördert, dass im Orient die *ἀποχή* einen anderen Charakter hatte als die römische Quittung. Jene wirkte — unabhängig von der Tilgungscausa — zerstörend auf das Schuldverhältniss. Der Gläubiger verlor mit der Quittungsertheilung sein Klagrecht. Das Empfangsbekenntniss war als Form des Schuldtilgungswillens unwiderleglich. Bei der officiellen Einführung des römischen Rechts in den Provinzen stiess dasselbe auf den hartnäckigsten Widerstand des einheimischen Rechts. Die strenge römisch-rechtliche Trennung von apocha und a° liess sich den Provinzialen nicht aufnöthigen. Dies tritt in einigen Rescripten deutlich zu Tage. Zugleich schimmert in den bezüglichen Anfragen die griechische Auffassung der Quittung durch. Die Adressaten sind meist Griechen der östlichen Reichshälfte.

c. 13 C. 8, 42 (43) Philotimo:

Si obligatum ex causa mandati non per stipulationem facta novatione post acceptilatione liberasti, sed tantum receptam ex eadem causa debitam quantitatem falso scripsisti, figmento veritatis extingui non potuit obligatio.

c. 6 C. 8, 42 (43) Alexandro:

.... parte tantummodo recuperata universum se recepisse cavit nec de superfluo eos qui verbis obligati erant per acceptilationem liberavit .... exuberantis debiti integra ei repetitio competit.

c. 7 C. 8, 35 (36) Menandrae:

Si ex maiore debiti quantitate minor tibi soluta est nec liberationem debitori tuo praestitisti, petere .... minime prohiberis.

c. 23 C. 8, 42 (43):

Si litterarum Auxanonis contemplatione, quas ad Aristonem de numeranda tibi pecunia dederat, recepisse scripsisti

fragen aus der östlichen Reichshälfte. Vgl. c. 5 pr. C. 2, 20 (21) Aphrodisiae; c. 2 C. 2, 31 (32) Hymnodae; c. 7 pr. C. 7, 45 Isidorae; c. 4 C. 8, 41 (42) Stratonico; c. 3 C. 8, 43 (44) Demetriae.

debitum ab Aristone, mandato non impleto, cum petitio debiti manet integra, nihil legitimam exactionem impedire potest[1]).

c. 13 C. 9, 22:

Qui veluti praesentem scripsisse res recepisse suas, cum absens esset, conscripsit, non ignoranti quicquam aufert, sed se criminis obligat periculo[2]).

In allen diesen Fällen ist die Anfrage von der griechischen Rechtsanschauung beherrscht, dass mit der Quittungsertheilung die Obligation erlösche. Wie wir aus den Rescripten erkennen, versagen die Kaiser dieser Verkehrsauffassung die gesetzliche Anerkennung. Sie bestehen vielmehr darauf, dass a° und Quittung grundsätzlich — dem römischen Recht entsprechend — geschieden werden sollen. Diokletian insbesondere trennt in seinen Rescripten a° und apocha scharf von einander[3]).

Die Praxis trug in der Folge insofern der Verkehrsauffassung Rechnung, als sie der formal wirkenden Quittung die Beweiskraft entzog, wenn der Gläubiger binnen einer bestimmten Frist sich darüber beschwerte, dass ihm nicht gezahlt worden sei. Ich komme im nächsten Abschnitte darauf zu sprechen.

§ 7.

Die exceptio non numeratae pecuniae.

Litteratur: Gneist, Die formellen Verträge 1845. S. 7 f. S. 265 f. S. 398 f. Huschke, Darlehen S. 104 f. Mitteis, Grünhuts Zeitschr. XVII S. 559 f. Revillout, Revue Égyptologique I S. 93 f. Schlesinger, Zur Lehre von den Formalcontracten und der Querela non numeratae pecuniae 1858. Bähr, Die An-

[1]) Der Schuldner (Auxanon) hat hier einen Dritten (Aristo) beauftragt, an den Gläubiger (Vatius) zu zahlen. Der Gläubiger hat daraufhin dem Schuldner Quittung ertheilt, soll aber trotzdem nach dem Rescript sein Klagrecht behalten haben; vgl. c. 7 C. 8, 41 (42). v. Plucinski, Zur Lehre von der Assignation und Delegation, Archiv für civilistische Praxis Bd. LX, S. 292. S. 313. L. Goldschmidt, Inhaber-, Order- und executorische Urkunden im classischen Alterthum, Z.S.St. X, S. 387 f. Seuffert, Praktisches Pandektenrecht II. Bd. 4. Aufl. 1867 § 341 Anm. 3[a]. Thöl, Handelsrecht I. Bd. 6. Aufl. 1879. § 328 Anm. 10. Treitschke in Richters und Schneiders Krit. Jahrb. für deutsche Rechtswissenschaft. 1843. S. 713. — [2]) Vgl. Anth. Palat. Dübner. Paris 1872. XI, 233 (Lucillius). — [3]) A. M. Bähr a. a. O. S. 120. S. 280 f.

erkennung als Verpflichtungsgrund, 3. Aufl. 1895. Schupfer, Singrafe e chirografi, Roma 1889. Cesare Facelli, L'Exceptio non numeratae pecuniae in relazione col contratto letterale del diritto Romano, Torino 1886. Spaltenstein, Das specifisch juristische Geschäft im römischen Obligationenrecht, Strassburg 1876. Ludw. Goldschmidt, Die Querella non numeratae pecuniae und die Reichsprocessgesetzgebung. Jahrb. für Dogm. XXIV. S. 33 ff. Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht, Leipzig 1891. Pernice, Parerga IV, Separatabdruck (Z.S.St. XIII).

Die Darstellung der exceptio non numeratae pecuniae kann hier natürlich nicht die breite Ausführlichkeit annehmen, mit der sie sonst vielfach behandelt ist. Ich beschränke mich auf das Allernothwendigste. Zunächst will ich den Schuldschein in seinem Verhältniss zur exceptio non numeratae pecuniae besprechen. Eine Scheidung des classischen Rechts vom nachclassischen ist hierbei unabweislich geboten. Es ist das Verdienst von Pernice, darauf nachdrücklich aufmerksam gemacht zu haben.

Nach classischem Recht ist die Sachlage verhältnissmässig einfach. Besonders häufig schliesst die Stipulation die Darlehenscausa in sich, die in der Stipulationsurkunde ausdrücklich namhaft gemacht zu werden pflegt[1]).

Dem Stipulationsschuldner steht nun die exceptio doli zu, wenn der Gläubiger klagt, ohne dass ein Darlehen reell ausgezahlt worden ist[2]). Es handelt sich ohne Zweifel um eine wahre exceptio, wobei die Beweislast den Schuldner trifft[3]). Die exceptio wird, wenn ein parens oder ein patronus klagt, aus Gründen der Pietät in factum concipirt, d. h. die Einrede des Beklagten, dass ihm die Darlehensvaluta nicht ausgezahlt worden sei, wird als solche in die Formel aufgenommen[4]).

---

[1]) arg. fr. 40 D. 12, 1. — [2]) arg. Gaius IV, 116[a]; fr. 2 § 3 D. 44, 4; § 2 I. 4, 13; vgl. fr. 25 § 1 D. 7, 1. — [3]) arg. fr. 2 § 1 D. 44, 4; Gaius IV, 117. Quintilian, Inst. orator. IV, 2 § 6. Die Beweispflicht des Schuldners schimmert durch in der c. 1 C. 8, 32 (33), sowie in der c. 1 C. 4, 7. Zweifelhaft ist die Beweisfrage in der c. 2 C. 4, 30. Pernice a. a. O. S. 29 f. Spaltenstein a. a. O. S. 89. Goldschmidt a. a. O. S. 72. — [4]) arg. fr. 4 § 16 D. 44, 4. Die exceptio mercis non traditae ist gleichfalls eine echte exceptio gegenüber der Klage aus der Stipulation des Kaufpreises. Die sog. exceptio non adimpleti contractus ist ihr Zerrbild. Vgl. Lenel, edict. perp. S. 402. Pernice a. a. O. S. 34 f. Anm. 6. Ueber die Fassung

Der in den Händen des Gläubigers befindliche Schuldschein ist an und für sich beweiskräftig, auch wenn er in Erwartung der Zahlung anticipirt worden ist. Letzeres ist nicht selten der Fall [1]).

Das nachclassische Recht stellt sich auf einen wesentlich andern Standpunkt. Eine äussere Anlehnung an den Formularprocess ist zwar darin zu erblicken, dass die Bezeichnung „exceptio non numeratae pecuniae“ in der extraordinaria cognitio wiederkehrt, allein in Wahrheit handelt es sich nicht um eine exceptio im technischen Sinne: dem Empfangsbekenntniss wird vielmehr die Beweiskraft entzogen, wenn der Schuldner binnen einer bestimmten Frist sich darüber beschwert, dass ihm die Darlehensvaluta nicht ausgezahlt worden sei. Der Gläubiger hat dann seinerseits die Zahlung der Valuta anderweit zu beweisen [2]). Im Gegensatz hierzu lehrt Bähr, der Schuldschein sei an und für sich beweiskräftig und werde erst werthlos durch das Gelingen des Gegenbeweises, dass Valuta nicht gezahlt worden sei [3]). Schlesinger schliesst sich in der Hauptsache Bähr an, weicht jedoch insofern von ihm ab, als er vom Beklagten den Beweis verlangt, dass der Schein von ihm in Erwartung der Zahlung anticipirt worden sei [4]).

Unsere Quellen zeugen indess wider Bähr und Schlesinger [5]). Dass die Beweislast den Gläubiger treffe, erhellt aus der c. 3 in fine C. 4, 30:

> compelletur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam .....

sowie aus der c. 10 C. 4, 30:

> ..... cum inter eum, qui factum adseverans onus

---

der exceptio mercis non traditae und indirect auch der exceptio non numeratae pecuniae gibt das fr. 25 D. 19, 1 Aufschluss.

[1]) arg. fr. 4 D. 20, 3 (Titius cum mutuam pecuniam accipere vellet a Maevio, cavit ei ......). Vgl. fr. 11 pr. D. 20, 4; fr. 30 D. 12, 1; fr. 52 D. 24, 3 (Maritus dotem, quam non accepit, ... solvit: repetet, quia non numeratam caverat). — [2]) Pernice a. a. O. S. 36 f. Fitting, Die Grundlagen der Beweislast S. 22. Gneist a. a. O. S. 19 f. S. 285. S. 404. Goldschmidt a. a. O. S. 114. Spaltenstein a. a. O. S. 137. Schupfer a. a. O. S. 25. Liebe, Stipulation S. 384. — [3]) Bähr a. a. O. S. 273 f. Vgl. Facelli a. a. O. S. 70. — [4]) Schlesinger a. a. O. S. 254 f. S. 220. — [5]) Vgl. auch die byzantinischen Rechtsquellen, Epitome tit. XVII c. 39 und Prochiron auctum tit. XVII c. 56.

subiit probationis, et negantem numerationem, cuius naturali ratione probatio nulla est, et ob hoc ad petitorem eius rei necessitatem transferentem magna sit differentia.

Ein argumentum e contrario[1]) ergibt sich aus der c. 13 C. 4, 30:

..... non iam ei licentia sit, causae probationes stipulatorem exigere.

Eine Kehrseite freilich hatte diese dem Empfangsbekenntniss jegliche Beweiskraft absprechende Gerichtspraxis: die „miseri debitores" konnten chikanöserweise trotz Empfangs der Valuta die Schuldverschreibung durch einfachen Protest entkräften.

Die meisten neueren Juristen supponiren einen in Erwartung der Zahlung anticipirten Schuldschein und erblicken darin den Grund der exceptio non numeratae pecuniae. Das Problem wird dadurch nicht gelöst. Warum war die Einrede in ihrer nunmehrigen Bedeutung dem classischen Rechte fremd? Der eigentliche Grund der exceptio non numeratae pecuniae muss ein anderer gewesen sein[2]). Pernice hat mit Recht darauf hingewiesen, dass die exceptio non numeratae pecuniae in der extraordinaria cognitio aufgekommen ist[3]). Hiernach gewinnt die weitere Annahme, dass die Pseudo-exceptio in den Provinzen entstanden sei, an Wahrscheinlichkeit. Denn zu Anfang des dritten Jahrhunderts galt in Italien noch vorwiegend der Formularprocess, während sich derselbe in den Provinzen nahezu überlebt hatte.

Auf dieser Basis fussend, können wir nicht fehlgehen, wenn wir die exceptio non numeratae pecuniae in erster Linie als Reaction gegen die nicht auszurottende, formal verpflichtende Daneion-syngraphe auffassen (vgl. § 2). Denn der römische Richter musste sich einem solchen Schuldschein gegenüber skeptisch verhalten, da das in ihm enthaltene Empfangsbekenntniss kein wahres zu sein brauchte. „In syngraphis etiam contra fidem veritatis pactio venit" sagt der Pseudo-Asconius (Scholion zu Cicero in Verrem II, 1. 36). Das Empfangsbekenntniss durfte daher binnen einer bestimmten Frist

---

[1]) Vgl. auch c. 4 C. 4, 30. — [2]) Vgl. besonders Mitteis, Grünhuts Zeitschr. XVII, S. 580 f. Pernice a. a. O. S. 43. Goldschmidt a. a. O. S. 120 Anm. 1. Spaltenstein a. a. O. S. 130 Anm. 1. — [3]) Pernice a. a. O. S. 36 f.



vom Schuldner widerrufen werden. Nach Ablauf der unbenutzt gebliebenen Frist trat die ursprüngliche Natur des Schuldscheines wieder zu Tage: denn der Gegenbeweis war ausgeschlossen.

Einige Rescripte, deren Adressaten meist Griechen der östlichen Reichshälfte sind, machen energisch Front gegen die griechische Syngraphe. Hierher gehören vor allem zwei Constitutionen von Alexander Severus.

c. 6 C. 4, 31 Polydeucae:

> Neque scriptura, qua cautum est accepta quae negas tradita, obligare te contra fidem veritatis potuit .....

c. 2 C. 8, 32 (33):

> Si ...... nihil creditor numeravit ..... sed inanem extorsit cautionem, mendaci scriptura contra fidem veritatis obligari eius res non potest.

In beiden Fällen sind die Anfrager von der griechischen Rechtsanschauung beherrscht, dass die Scriptur contra fidem veritatis verpflichte. Damit stimmt vortrefflich die bereits erwähnte Pseudo-Asconiusstelle: in syngraphis etiam contra fidem veritatis pactio venit. Der Kaiser verneint jedoch die Gültigkeit des dem wahren Sachverhalt nicht entsprechenden Schuldscheines.

Beachtenswerth ist auch die c. 17 C. 4, 29 Alexandro:

> Si, cum pater vester a Callistrato mutuam sumpsisset pecuniam, velut hanc eius uxor accepisset, instrumentum conscriptum est ..... eam veritatis substantia, constituta potior quam simulata gesta, tueatur.

Diokletian verhält sich hier ablehnend zur contra fidem veritatis verpflichtenden Syngraphe.

Charakteristisch dafür, dass die exceptio non numeratae pecuniae als Mittel zur Bekämpfung der Syngraphe diente, ist die c. 5 pr. C. 4, 2 Aristodemo et Proculo:

> ..... frustra veremini, ne eius pecuniae nomine vos convenire possit, quam alii mutuo dedit, si intra praestitutum tempus rei gestae quaestionem detulistis.

Die Supplicanten haben vermuthlich eine Darlehenssyngraphe ausgestellt, ohne selbst die Valuta empfangen zu haben. Nach griechischer Rechtsanschauung wären sie zweifellos obligirt ge-

wesen. Diokletian operirt mit der exceptio non numeratae pecuniae[1]).

Eine Rückwirkung des Provinzialrechts auf das Reichsrecht machte sich in der Folge insofern geltend, als der römische Darlehensschein seine Beweismittelnatur einbüsste und zum Formalcontract wurde. Bereits im classischen Rechte waren solche Ansätze bemerkbar[2]). Diese Entwickelung wurde zum Theil durch den allmählichen Verfall der Stipulation begünstigt. Die Kaiser trugen indess Bedenken, den abstracten Schuldschein anzuerkennen. Sie mochten wohl in Erwägung ziehen, dass unsittliche oder gar verbotene Geschäfte dadurch leicht verschleiert werden konnten[3]). Die exceptio non numeratae pecuniae wurde auf diese Weise das Anfechtungsmittel gegenüber allen Darlehensscheinen.

Eine Ausnahme statuirt Justinus in der c. 13 C. 4, 30:

> Generaliter sancimus, ut, si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscumque pecuniis ex antecedente causa descendentibus eamque causam specialiter promissor edixerit, non iam ei licentia sit causae probationes stipulatorem exigere .....

Die Rede ist hier von novirenden, mit der Stipulationsklausel versehenen Darlehensurkunden, die beweiskräftig sein sollen, wenn die causa antecedens ausdrücklich namhaft gemacht worden war[4]).

Ich komme nunmehr auf die Dotalinstrumente und ihren Zusammenhang mit der exceptio non numeratae pecuniae zu sprechen.

Nach römischem Rechte beweisen die Dotalinstrumente nicht die Hingabe der dos, weil sie — als gemeinschaftliche Urkunden der Ehegatten zur Regelung ihrer persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse — kein Empfangsbekenntniss des Ehemannes enthalten[5]). Hierauf macht Gneist mit Recht aufmerksam[6]).

---

[1]) A. M. Schlesinger a. a. O. S. 244 f.; vgl. c. 4 C. 4, 9 Alexandro; c. 4 C. 2, 17 Achilli. — [2]) arg. fr. 40 pr. D. 4, 4; vgl. fr. 15 D. 12, 1. — [3]) Die const. 3 C. 2, 6 von Gordian kennzeichnet die Gefährlichkeit eines solchen Scheindarlehens. — [4]) Mitteis, Reichsrecht S. 497. A. M. Schlesinger a. a. O. S. 62. Vgl. auch das interpolirte fr. 25 § 4 D. 22, 3. — [5]) arg. c. 1 C. 5, 15; vgl. c. 5 C. 6, 44. — [6]) Gneist a. a. O. S. 32 f. S. 42 f. A. M. Bähr a. a. O. S. 281.

Die griechische Rechtsauffassung weicht davon ab. In der Dotalsyngraphe wurde die Mitgift als empfangen bezeichnet und ihre Rückgabe für den Fall der Scheidung u. s. f. vom Manne versprochen[1]). Das von der Daneionsyngraphe Gesagte bezieht sich in gleicher Weise auf die Dotalsyngraphe[2]). Auch diese obligirte contra fidem veritatis. Der Einwand, die Mitgift sei nicht ausgezahlt worden, war dem Manne abgeschnitten. Einen deutlichen Hinweis auf diesen Rechtszustand enthält die c. 6 C. 4, 31, adressirt an einen Griechen Polydeukes:

> Neque scriptura, qua cautum est accepta quae negas tradita, obligare te contra fidem veritatis potuit.

Aus der unanfechtbaren Natur des griechischen Dotalinstruments erklärt sich auch, dass die in demselben enthaltene Empfangsbestätigung nicht selten völlig oder doch theilweise unwahr ist. Es mochte daher unter Umständen das Versprechen des Mannes, die Mitgift zurückzuerstatten, ein Schenkungsversprechen desselben sein.

Bei dieser Gelegenheit sei auch die Sitte erwähnt, dass Schenkungen des Bräutigams an die Braut von dieser ihm als dos zurückgegeben wurden[3]). Hier macht sich der Gegensatz zwischen römischer und griechischer Rechtsanschauung besonders geltend. Während die Römer — wegen des Verbots der Schenkungen unter Ehegatten — daran festhielten, dass die Schenkung des Bräutigams an die Braut ante nuptias contractas tradirt und darauf dem Manne als Mitgift retradirt wurde[4]), sah die griechische Praxis von der reellen Tradition und Retradition einer solchen Schenkung ab. Denn im Orient, wo aller Nachdruck auf die Scriptur — mochte sie wahr sein oder nicht — gelegt wurde, galt das hierüber aufgenommene Dotalinstrument unbedingt[5]).

Von solchen in Form einer dos verschleierten Schenkungen handeln zwei Constitutionen.

---

[1]) Vgl. Pap. des Berl. Museums Nr. 252. — [2]) Vgl. Mitteis, Reichsrecht S. 483 a. E., S. 474 a. E. — [3]) arg. c. 5 § 1 C. 5, 9: Haec observari praecipimus, licet res ante nuptias donatae, ut adsolet fieri, in dotem a muliere redigantur. — [4]) arg. fr. 12 pr. D. 6, 2 und c. 1 C. 5, 3; vgl. auch fr. 5 pr. D. 24, 1. — [5]) Vgl. über die fictive Mitgift die Papyri der Sammlung des Erzherzogs Rainer in Wien Nr. 1518—1520. Nr. 2085. Mitteis, Reichsrecht S. 275 f. S. 281 f. S. 297 f. Revillout a. a. O. S. 93 f.

c. 1 C. 5, 3 (adressirt an einen Griechen Metrodoros):

.... an vero donandi animo dotem auxerit, ut videatur accepisse, quod non accepit ....

c. 2 C. 5, 15[1]):

Quod de suo maritus constante matrimonio donandi animo in dotem adscripsit .....

Die Römer verhielten sich der griechischen Dotalsyngraphe gegenüber skeptisch und entzogen ihr daher schlechthin die Beweiskraft. Zwar ist uns eine positive Vorschrift nicht bekannt, allein zweierlei spricht dafür: erstlich die energische Reaction der Kaiser gegen den unwahren Inhalt der Dotalsyngraphe (c. 6 C. 4, 31; c. 1 C. 5, 3), und sodann die an eine Griechin Dionysia gerichtete c. 1 C. 5, 15[2]):

Dotem numeratio, non scriptura dotalis instrumenti facit ....

Erst Justinian legte dem in den Dotalinstrumenten enthaltenen Empfangsbekenntniss eine bedingte Beweiskraft bei, d. h. nach Ablauf einer gewissen Frist seit Auflösung der Ehe wurde die exceptio non numeratae pecuniae ausgeschlossen (c. 3 C. 5, 15; Nov. 100)[3]).

Es fragt sich endlich, ob das Aufkommen der exceptio non numeratae pecuniae gegenüber Quittungen nicht auf eine ähnliche Ursache zurückzuführen ist.

Dem classischen Recht war die exceptio non numeratae pecuniae in ihrer Anwendung auf Quittungen gänzlich fremd[4]). Die Quittung bewies vielmehr die Zahlung, bis der Gläubiger das Gegentheil darthat. Im Cod. Greg. IV de inofficioso testamento 1, 2 heisst es freilich bezüglich einer Dotalquittung des

---

[1]) Die Adressatin Papiniana ist vermuthlich eine Provinzialin (vgl. die den Kinderhandel in den Provinzen betreffende c. 1 C. 4, 43 Papinianae). Für das rein-römische Recht ist die c. 2 C. 5, 15 insofern von Interesse, als das Schenkungsversprechen nach dem Tode des Ehemanns convalescirt (vgl. fr. 23; fr. 33 pr. D. 24, 1. — [2]) Vgl. c. 15 C. Th. 9, 42: dos etiam, non quae aliquotiens inaniter dotalium instrumentorum tenore conscribitur, sed quam se corporaliter tradidisse docuerit, praesentetur. — [3]) Gneist a. a. O. S. 32 f. S. 37. S. 40. — [4]) Bähr wirft a°, pactum de non petendo und apocha zusammen und gelangt in Folge dessen zu einer überaus verworrenen Vorstellung von der exceptio non numeratae pecuniae gegenüber Quittungen (vgl. Bähr a. a. O. S. 87 f. S. 92 f. S. 120. S. 196. S. 280 f.).

Ehemanns: Imperite itaque introducitur querella cautionis a marito tuo emissae, quasi non omnia tradita ei essent. Allein schwerlich ist hier die exceptio non numeratae pecuniae im technischen Sinne gemeint. Ebensowenig finden wir in den Rescripten Diocletians eine Andeutung, dass die exceptio non numeratae pecuniae gegenüber Quittungen Platz greife (c. 13 C. 8, 42 (43); c. 23 C. 8, 42 (43).

Officiell eingeführt wurde die exceptio non numeratae pecuniae gegenüber Quittungen von Justinian (c. 14 § 2 C. 4, 30). Der Praxis scheint jedoch diese Function der exceptio non numeratae pecuniae bereits früher bekannt gewesen zu sein. So beginnt die c. 14 § 1 C. 4, 30: Sed quoniam securitatibus ..... talem exceptionem opponere litigatores conantur ..... Auch erwähnt das Syrische Rechtsbuch die fünfjährige querella non numeratae pecuniae gegenüber Dotalquittungen des Ehemanns (L. 126, P. 46^{b}, Ar. 57; vgl. Bruns, Commentar S. 292 f.).

Justinian suspendirte die Beweiskraft der Quittung auf 30 Tage. Der Schuldner hat, wenn der Gläubiger vor Ablauf dieser Frist sich darüber beschwert, dass er trotz Aushändigung einer Quittung materiell nicht befriedigt worden sei, die Zahlung anderweit zu beweisen. Läuft die dreissigtägige Frist unbenutzt ab, so ist die Quittung hinfort unanfechtbar. Gegenüber öffentlichen Quittungen uud solchen Dotalquittungen, die 'post confectionem dotalium instrumentorum' ausgestellt worden sind, fällt die exc. non num. pecuniae weg.

Gewöhnlich wird gelehrt, die exceptio non numeratae pecuniae sei bei Quittungen — in derselben Weise wie beim Schuldschein — auf den Umstand zurückzuführen, dass Quittungen häufig in Erwartung der Zahlung anticipirt werden. Allein vergegenwärtigen wir uns nochmals das im § 6 Gesagte. Erstens wurde die römisch-rechtliche Trennung von apocha und a° im Orient nicht beachtet, da die ἀποχή nach griechischer Rechtsanschauung dispositiv wirkte. Zweitens trugen der Verfall der a° und die in den römischen Geschäftsverkehr eindringende 'graeca fides'[1]) dazu bei, dass die römische Quittung schliesslich den ihr anhaftenden Beweismittelcharakter

[1]) Vgl. Gneist a. a. O. S. 485 f.

verlor und sich in der Verkehrsauffassung zum abstracten Empfangsbekenntniss gestaltete. Die exceptio non numeratae pecuniae richtete sich daher gegen die formal wirkende Quittung [1]). Die Ausschliessung der exceptio non numeratae pecuniae bei öffentlichen Quittungen und solchen Dotalquittungen, die nach Anfertigung der Dotalinstrumente ertheilt worden sind, erklärt sich daraus, dass hier erfahrungsmässig eine reelle Zahlung zu Grunde zu liegen pflegt.

Die exceptio non numeratae pecuniae gegenüber Schuldscheinen und Quittungen verlor in der gemeinrechtlichen Praxis dadurch jegliche Bedeutung, dass man nach Ablauf der zweijährigen oder dreissigtägigen Frist — im Widerspruch mit der Vorschrift Justinians — den Gegenbeweis der nicht erfolgten Zahlung gestattete [2]). In Folge dessen wurde jene Beweisfrist endgültig aufgehoben (HGB. Art. 295. EG. zur CPO. § 17).

Ich fasse zusammen: die exceptio non numeratae pecuniae verdankte ihre Entstehung dem griechischen Urkundenwesen. Während die Schrift den Römern als blosses Beweismittel diente, erschien sie den Griechen als dispositives Element. Die griechischen Schuldscheine und Quittungen konnten in Folge ihrer von der causa abstrahirenden Natur von den Römern nicht als Beweismittel der Zahlung anerkannt werden. Kurz, die exceptio non numeratae pecuniae richtete sich gegen die 'graeca fides'. Ihre Anwendung gegenüber den römischen Schuldscheinen und Quittungen hing mit dem allmählichen Umsichgreifen der 'graeca fides' im Occident zusammen.

§ 8.
Die heutige Quittung.

Seitdem Bährs epochemachende Schrift „Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund“ erschienen ist, hat sich ein lebhafter Streit darüber entsponnen, welche Natur der heutigen Quittung zukomme.

[1]) Vgl. Bähr, Kritische Vierteljahrsschrift XXX, S. 357 f. Bähr, Urtheile des Reichsgerichts mit Besprechungen. 1883. S. 24 f. — [2]) Darin liegt zugleich eine völlige Verkennung des Zusammenhangs der exceptio non numeratae pecuniae mit der Formalnatur des Schuldscheins resp. der Quittung.

Wie schon gleich zu Anfang bemerkt wurde, hält ein Theil der Civilisten an der hergebrachten Beweismitteltheorie fest, während andere nach dem Vorgang Bährs den Vertragscharakter der Quittung anerkennen. Eine ganz eigenartige Theorie vertritt Bruns[1]). Er fasst Schuldschein und Quittung als vertragsmässige Beweismittel auf. In der Begebung jener Urkunden liege, meint Bruns, ein sogen. Beweisvertrag, der den Beweis der Zahlung unter Vorbehalt des Gegenbeweises zum Gegenstand habe. Die civilistische Unmöglichkeit eines solchen Vertrages leuchtet ein, wenn man in Erwägung zieht, dass nach heutigem Processrechte ein Pactiren der Parteien über den Beweis der freien Beweiswürdigung des Richters zuwiderlaufen würde[2]). Im römischen Recht findet sich keine Spur davon. Im Uebrigen bemerke ich, dass der sogen. Beweisvertrag von anderen bereits zur Genüge widerlegt worden ist[3]).

Die namhaftesten Vertreter der Beweismitteltheorie sind Windscheid und Wach[4]).

Windscheid lehrt, die Quittung sei in der Regel blosses Beweismittel der Zahlung. Nur ausnahmsweise komme ihr die Bedeutung einer a° zu. Die letztere stecke aber nicht an und für sich in der Quittung, sondern müsse vom Schuldner besonders bewiesen werden.

Wach wiederholt im Wesentlichen — wenn auch in anderer Form — die Windscheid'sche Ansicht. Der Bekenntnisswille müsse vom Verfügungswillen unterschieden werden.

Der erstere involvire die Wahrheit der bekannten Thatsache, der letztere liege dann vor, wenn das unwahre Ge-

---

[1]) Z.RG. I, S. 127 f. — [2]) Wach, Archiv für civilist. Praxis Bd. 64 S. 218 f. — [3]) Wach a. a. O. S. 235. Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 229 f. Regelsberger, Pandekten I, S. 629 Anm. 6. Gutachten von Götz, Verhandlungen des VIII. Juristentages, Bd. I, S. 320 f. Gutachten von Eck, Verhandlungen des IX. Juristentages, Bd. II, S. 449 f. — [4]) Windscheid, Pandekten 1891, 7. Aufl. II, § 357. Wach a. a. O. S. 227 f.; vgl. Gruchot, Beiträge VII, S. 1 f. Arndts, Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft IV, S. 245 f. Gutachten von Koch, Verhandlungen des VIII. Juristentages Bd. I, S. 304 f. Gutachten von Götz a. a. O. S. 379. Ahrens in Holtzendorffs Encyklopädie S. 721 Anm. 2. Unger, Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere, Leipzig 1857, S. 100. 101 Anm. 4.

ständniss als Form des feststellenden Willens diente. Der Dispositionsact müsse, wenn eine Erlassquittung in Frage komme, vom Schuldner bewiesen werden.

Einige Anhänger der Beweismitteltheorie weichen insofern von den genannten Schriftstellern ab, als sie der Quittung ausnahmsweise Vertragscharakter kraft Willensauslegung oder richterlicher Prüfung zuschreiben[1]). Allein die Willensauslegung und richterliche Prüfung dürften die Frage nach dem Wesen der Quittung nicht fördern. Die Aufgabe, die dem Richter durch diese Auffassung zugewiesen wird, ist eine überaus schwierige, da das Empfangsbekenntniss als solches keiner Interpretation zugänglich erscheint. Im Streitfall stehen zudem gewöhnlich — wie die Erfahrung gelehrt hat — zwei Behauptungen einander gegenüber: die Behauptung des klagenden Gläubigers, dass er in Erwartung der Zahlung quittirt habe, und die des Beklagten, es sei ein Erlass beabsichtigt gewesen. Dann ist doch wieder eine Beweisaufnahme nöthig.

Aus der Beweismitteltheorie ergeben sich Unzuträglichkeiten aller Art. Vor allem haftet der Quittung insofern eine unbestimmte, schillernde Natur an, als das vermeintliche Beweismittel sich unversehens als Dispositivurkunde entpuppen kann, sei es durch den 'Beweis des Dispositionsacts', sei es durch 'Willensauslegung', sei es durch 'richterliche Prüfung'. Misslich ist auch die Consequenz, dass die Quittung theils Beweismittel der Zahlung theils Dispositivurkunde sein kann. Ein förmlicher Januskopf! Mit vollem Recht sagt daher Regelsberger[2]), dass die Unterscheidung, ob blosse Beweisurkunde oder ein selbständig wirkender Vertrag gewollt sei, unberechtigt erscheine[3]).

Bedenken erregt ferner der Gegenbeweis der Nichtzahlung. In so und sovielen Fällen spricht dessen Zulassung dem eigentlichen Willen des Ausstellers der Quittung Hohn. Denn dagegen kann man sich nicht verschliessen, dass die Quittung heutzutage auch andere causae als die Zahlung in sich aufnimmt[4]). Hinzukommt, dass die Nothwendigkeit jenes Gegen-

---

[1]) v. Helmolt, Archiv für praktische Rechtswissenschaft III, S. 505. R. Behrend, Beiträge zur Lehre von der Quittung. Leipzig 1896. S. 86. — [2]) Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts II, S. 489 Anm. 23. — [3]) Vgl. auch Brinz, Pandekten II. 1. § 291 Anm. 9. — [4]) Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 205.

beweises da geradezu unnatürlich ist, wo es sich um Willensmängel auf Seiten des Gläubigers handelt. Der Gläubiger quittirt etwa, nachdem er dazu gezwungen oder ihm vorgespiegelt worden ist, dass die Schuld bereits getilgt sei. Sollte in solchen Fällen die Berufung auf den Zwang oder Betrug wirklich unangemessen erscheinen? In der Praxis wird die Unbilligkeit des die Quittung entkräftenden Gegenbeweises der Nichtzahlung aufs lebhafteste empfunden. Der Eid, den der Gläubiger dem Schuldner zum Beweise der Nichtzahlung zuschiebt, wird deswegen häufig dahin abgeändert, dass vom Schuldner gezahlt oder compensirt worden sei[1]). Die Praxis in Kurhessen stellt den Schuldner als Inhaber einer Quittung noch günstiger. Danach hat stets der klagende Gläubiger die Negative des der Quittung nach Angabe des Schuldners, der sie in Händen hat, zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses zu beweisen[2]).

Endlich ergiebt sich ein nicht unerheblicher Mangel der Beweismitteltheorie daraus, dass nach einer Reihe von Jahren auch ein bonus paterfamilias, der Quittungen sorgfältig aufzubewahren pflegt, nicht mehr im Stande ist, die Quittungscausa mit Bestimmtheit anzugeben[3]). In einer nicht minder prekären Lage befindet sich der Erbe des Schuldners als Inhaber einer zum Nachlass gehörigen Quittung, da er gewöhnlich keine Kenntniss vom wahren Sachverhalte hat[4]). In beiden Fällen kann nämlich weder die Zahlung beschworen, noch der Erlass bewiesen werden. Der Gläubiger dringt vielmehr mit seiner Klage trotz Vorhandenseins einer Quittung durch.

Bevor wir aber zu der den Gegensatz bildenden Vertragstheorie übergehen, müssen wir uns die Frage vorlegen, ob die heutige Quittung in irgendwelchem Verhältniss zur

---

Derselbe, Kritische Vierteljahrsschrift XXX, S. 357 f. Derselbe, Urtheile des Reichsgerichts mit Besprechungen. 1883. S. 24 f.

[1]) Bähr, Jahrb. für Dogm. III, S. 357 f. Seufferts Archiv XXVI, 122. — [2]) Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 229. — [3]) Dieser Einwand gegen die Beweismitteltheorie wird freilich nunmehr dadurch abgeschwächt, dass das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich eine Menge von kurzen Verjährungsfristen einführt (vgl. BGB. Art. 196). — [4]) Seuffert, Prakt. Pandektenrecht 4. Aufl., 1867. 2. Bd. § 284 Anm. 10b. Seufferts Archiv XII, 308.

römischen a° stehe oder nicht. Vielfach wird gesagt, die Stipulation sei in Deutschland nicht recipirt worden, daher komme die a° ohne Weiteres in Wegfall. Allein dieser Schluss ist übereilt: man ist sich dabei dessen nicht bewusst geworden, dass die a° — wenn auch als ein in Frage und Antwort gekleideter Formalact abgestorben — in ihrer Erlassfunction durch die Quittung ersetzt worden ist. Dieser Auffassung haben sich die Rechtslehrer des 16., 17. und 18. Jahrhunderts nicht verschlossen [1]). Auch in unserer Zeit sind hin und wieder Stimmen in diesem Sinne laut geworden. So erblicken Wächter, Leist, Pfordten und Scheurl in der Quittung zugleich ein Surrogat der römischen a° [2]). Folgerecht muss die 'Erlassquittung' in ihrer juristischen Wirkung analog der a° beurtheilt werden. Quittirt z. B. ein Legatar, dem zwei Erben als Correalschuldner ein Vermächtniss zu entrichten haben, einem von diesen schenkungshalber, so kommt die Quittung auch dem anderen Correalschuldner zu Gute [3]).

Ebenso unterscheidet Exner im Wesentlichen zwei Haupttypen der Quittung [4]). Entweder sei sie eine causale, auf wirklichen Empfang gegründete Befriedigungserklärung, oder sie

[1]) Andreas Perneder, Gerichtlicher Process, Ingolstadt 1544 p. 51: die a° ist nach ihm in der Quittung aufgegangen; die „Bekanntnuss" schliesst jeglichen Gegenbeweis aus. Die Quittung hat also Formalcharakter. Joh. Schilter, Iurisprudentiae totius elementa, Argentor. 1698. Inst. lib. III tit. XXX p. 493 XII: der „simplex renuntiatio" wird hier die Ausstellung einer Quittung gleichgestellt. Joh. Schilter, Praxis Iuris Romani in Foro Germanico. Ienae 1698. Exerc. ad Pand. 48 de solut. p. 211 § 40: patet acceptilationes nobis nihil aliud esse quam ..... apochas sive quietantias. Samuel Stryk, Praelectiones Viadrinae de cautelis contractuum Wittenberg 1717 sectio IV cap. III. p. 617 § 2: debitum ex quocunque contractu per pactum liberatorium seu data apocha vel quietantia tolli potest. Leyser, Medit. ad Pandectas VII Spec. 530. III. Hartung, Dissert. de apocha vulgo Quittung. 1688. S. 17. Vgl. hierzu Altmann, Der Erlassvertrag S. 66. S. 85 f. — [2]) Wächter, Pandekten 1881. II. S. 430. Leist, Ueber die Wechselbeziehung zwischen dem Rechtsbegründungs- und Rechtsaufhebungsact. Jena 1876. S. 22 Anm. 22. Pfordten, Abhandlungen aus dem Pandektenrecht S. 300. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts. II. Bd. n. 14 S. 25. — [3]) Scheurl a. a. O. S. 27. Dernburg, Pandekten 5. Aufl. II. § 73 S. 202. Mitteis, Grünhuts Zeitschr. XIV, Zur Lehre von den passiven Gesammtschuldverhältnissen S. 453. — [4]) Exner, Grünhuts Zeitschr. XXII, S. 670 f.

komme als imaginäre Empfangsbestätigung der römischen a° gleich. Allein dieser Quittungsbegriff ist zu eng begrenzt. Einerseits finden dabei die sonstigen Schuldtilgungsgründe (Compensation, datio in solutum u. s. f.) keine Berücksichtigung, andererseits sind die beiden Typen durchaus nicht scharf von einander geschieden, da die Quittung 'causal' und 'imaginär' zugleich sein kann. Das auf 100 lautende Empfangsbekenntniss kann z. B. seinen Grund darin haben, dass 50 gezahlt und 50 erlassen sind.

Der Beweismitteltheorie steht schroff gegenüber die Vertragstheorie, als deren Begründer Bähr anzusehen ist[1]). Bähr lehrt, die Quittung tilge als Formalvertrag schlechthin das Schuldverhältniss. Wenn auch seine Prämisse, dass die apocha des classischen Rechts bereits einen Formalvertrag darstelle, nicht zutrifft, so ist doch das Aufgehen der a° in der nachclassischen und heutigen Quittung nicht zu bestreiten. Aus diesem Grunde unterliegt die Lehre Bährs, dass die Quittung heutzutage abstract, d. h. unabhängig von der Tilgungscausa wirke, keinerlei Bedenken. Mit anderen Worten: das Empfangsbekenntniss ist die blosse Form, in der die Schuldtilgung sich als juristische Thatsache vollzieht. Die verschiedenen 'modi tollendarum obligationum' sind gleichsam blosse Befreiungstitel für den Schuldner. Quittiren mit befreiender Wirkung kann daher nur der Gläubiger oder dessen Bevollmächtigter, vorausgesetzt, dass sie handlungsfähig sind. Auch die selbständige Klage auf Quittungsertheilung, die sich gewohnheitsrechtlich Anerkennung verschafft hat[2]), dürfte mit dem dis-

---

[1]) Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 191 f. S. 210. Derselbe, Urtheile des Reichsgerichts S. 21 f. Derselbe, Krit. Vierteljahrsschrift XXX, S. 357 f. Bähr schliessen sich an: Brinz, Pandekten II. 1 § 291 Anm. 9 (vgl. Brinz, Pandekten IV, S. 240. S. 301). Cesare Facelli, L'Exceptio n. n. pec. S. 146 Anm. 1. Regelsberger, Pandekten I, S. 628. S. 629 Anm. 7. Dernburg, Pandekten 5. Aufl. II, S. 151 f. (vgl. Dernburg, Preuss. Privatrecht 4. Aufl. II. 1 S. 243 f.) Seuffert, Praktisches Pandektenrecht 4. Aufl. § 284 Anm. 10. Dilloo, Die Quittung im Recht und im Verkehr. Inauguraldissert. Berlin 1895. S. 81. S. 96 f. Hartmann, Kritik zu Bährs Urtheilen des Reichsgerichts, Krit. Vierteljahrsschrift XXVI, S. 216 f. — [2]) Entsch. des RG. XVI, S. 434. XXVIII, S. 434. Bähr, Urtheile des Reichsgerichts S. 37. Behrend a. a. O. S. 38 f. A.LR. I. 16 § 86. Oest. B.GB. § 1426. Sächs. B.GB. § 983. B.GB. für das deutsche Reich § 368 (vgl. § 371).

positiven Charakter der Quittung zusammenhängen[1]). Der Satz, dass die Zahlung ipso iure den Schuldner befreie, müsste fortan auf Baarzahlungen im Kleinhandel, wo Quittungen nicht ausgestellt zu werden pflegen, beschränkt werden. Die dieser Quittungsauffassung immanenten Vorzüge müssen den Mängeln der Beweismitteltheorie gegenüber besonders hervorgehoben werden. Vor allem bleibt der einheitliche Charakter der Quittung als einer Dispositivurkunde stets gewahrt: eine Spaltung des Urkundenbegriffs, wie sie die Beweismitteltheorie für möglich erachtet, wird dadurch vermieden. Ferner gestaltet sich die Rechtslage des Schuldners als Inhabers einer Quittung bei weitem günstiger.

Die Berufung auf Erlass, Compensation u. s. f. steht demselben jederzeit ohne besonderen Beweis offen. Es ist hiernach quaestio facti, was der die Quittung anfechtende Gläubiger zu beweisen habe. Stützt sich der Schuldner z. B. auf Erlass, so hat der Gläubiger darzuthun, dass er nicht erlassen, sondern vielmehr in Erwartung der Zahlung quittirt habe[2]). Der schnöde Gegenbeweis der Nichtzahlung ist dagegen auf den Fall beschränkt, wo der Schuldner sich ausdrücklich auf Zahlung stützt. Endlich kann der Gläubiger die Quittung ohne Umschweife wegen Willensmängel (Zwang, Betrug, Irrthum) anfechten.

Schwierigkeiten entstehen freilich bei der condictio indebiti. Die Quittung, in deren Besitz der Schuldner sich befindet, betrifft etwa den Empfang von 200. Der Gläubiger, von dem als Beklagtem das indebitum solutum unter Vorweisung der Quittung zurückgefordert wird, behauptet 100 empfangen und den Rest erlassen zu haben. Streng genommen ist die Quittung durch ihre Formalnatur als Beweismittel der Zahlung entwerthet: der Schuldner müsste also die Zahlung des Restes anderweit beweisen[3]). Allein der Umstand, dass die Zahlung den normalen Schuldtilgungsgrund bildet, legt die Vermuthung nahe, dass in der That 200 gezahlt sind. Es ist darum zweck-

---

[1]) Vgl. Behrend a. a. O. S. 18 f. S. 40 Anm. 1. — [2]) A. M. das RG. (Entsch. III, S. 257). Danach gilt die Quittung als entkräftet, wenn feststeht, dass der Schuldner nicht gezahlt hat. — [3]) So das R.O.H.G. (Entsch. VIII, S. 43 f.; vgl. Seufferts Archiv XXX. 9).

mässiger und auch billiger, den Gläubiger beweisen zu lassen, dass er bloss 100 empfangen habe.

Die hier vertretene Auffassung der Quittung hat in der Praxis mitunter Wiederhall gefunden. In einer Reihe von oberrichterlichen Entscheidungen wird die Formalnatur der Quittung entweder direct anerkannt oder doch indirect durch den Hinweis darauf gut geheissen, dass vom Producenten der Quittung kein besonderer Beweis des dahinter steckenden Erlasswillens gefordert werden solle, sondern vielmehr der Gläubiger den Anfechtungsgrund der Quittung zu beweisen habe [1]).

Im Uebrigen steht die Praxis freilich auf dem Boden der Beweismitteltheorie. Darnach stellt die Quittung in der Regel ein Beweismittel der Zahlung dar. Als Dispositivurkunde wird sie erst dann angesehen, wenn der Erlasswille des Gläubigers vom Schuldner bewiesen worden ist [2]).

Auch die modernen Gesetzbücher huldigen der Beweismitteltheorie [3]). Man könnte daraus einen Einwand gegen die hier vertheidigte Ansicht herleiten. Allein ich betone nachdrücklich, dass die Frage nach dem Wesen der heutigen Quittung von mir unabhängig von irgendwelchen Gesetzesbestimmungen lediglich auf Grund der aus dem lebendigen Rechtsbewusstsein des Volkes fliessenden Verkehrsauffassung entschieden worden ist [4]). Hiernach findet auch der Erlasswille seinen prägnanten Ausdruck im Empfangsbekenntniss.

---

[1]) Seufferts Archiv XVI. 159. XXIII. 195. XXX. 90 (vgl. Entsch. des R.O.H.G. VIII, S. 43 f.). Striethorsts Archiv XII, S. 272 f. Seufferts Archiv XXI. 230. Oest. ob. Ghf.-Urth. der Glaser-Ungerschen Sammlung IX Nr. 4229. — [2]) Pr. O.Tr. XXIII, S. 107. XLI, S. 117. Striethorsts Archiv XII, S. 272 f. XX, S. 142. XXXIII, S. 234. Rehbein, Die Entscheidungen des vormaligen Pr. O.Tr. III, S. 25. Entsch. des R.O.H.G. XIV, S. 340. Entsch. des R.G. XIV, S. 242. Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts II. 431. II. 432. V. 226. — [3]) A.L.R. § 86 I. 16. Das preussische Landrecht weist übrigens Ansätze zu einer stärkeren Natur der Quittung auf; vgl. §§ 113. 114 A.L.R. I. 16 (Erlassvermuthung), § 116 A.L.R. I. 16 (Generalquittung), §§ 146—152 A.L.R. I. 14 (Decharge-Ertheilung). Oest. B.G.B. § 1426. Sächs. B.G.B. § 983. B.G.B. für das deutsche Reich § 368. — [4]) Vgl. Bähr, Urtheile des Reichsgerichts S. 26. Hartmann, Kritik zu Bährs Urtheile des Reichsgerichts, Krit. Vierteljahrsschrift XXVI, S. 216 f.

Man würde, wie Hartmann a. a. O. sehr richtig sagt, „unserem heutigen Rechtsleben wehe thun, wenn man vom Producenten der Quittung noch einen besonderen Beweis des dahinter steckenden Erlasswillens fordern wollte". Darum sollten wir uns nicht dagegen verschliessen, dass unsere Quittung in der That ein farbloses, schuldtilgendes Empfangsbekenntniss ist.

Litteratur.

Lotmar, Professor in Bern, Der unmoralische Vertrag, insbesondere nach gemeinem Recht. Leipzig 1896. 8°. 105 S., Anmerkungen S. 106—198.

Verfasser behandelt in einer scharfsinnig geschriebenen Einzeldarstellung, welche die Wiedergabe eines im Frühjahr 1896 in der Wiener Juristischen Gesellschaft gehaltenen Vortrages enthält, die Frage, welchen rechtlichen Einfluss die Unsittlichkeit auf den Vertrag ausübt. Neben dem römischen Recht erörtert Verfasser eingehend die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Entsprechend den Aufgaben dieser Zeitschrift soll im Besonderen nur auf das eingegangen werden, was Verfasser bezüglich des römischen Rechts ausführt.

In einer einleitenden allgemeinen Erörterung (S. 1—14) wendet sich Verfasser gegen die immer noch verbreitete Meinung, dass Recht und Moral sich auch durch den Inhalt ihrer Gebote unterscheiden. Dem römischen Recht entspreche diese Auffassung auf jeden Fall nicht. Vielmehr hat das ganz von der bona fides beherrschte römische Recht nicht nur sich nicht in den Dienst der Immoralität gestellt, sondern einerseits die Immoralität bekämpft und andererseits die Moral im Recht zu verwirklichen gestrebt. Recht und Moral sind also nicht inhaltlich verschieden; vielmehr wird das Recht von den Geboten der Moral beeinflusst. Wenn Ulpian den Ausspruch thut: iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere, „so waren dies nicht etwa nur Postulate, die er aufstellte, sondern Abstractionen, die er auf das ihm bekannte, von ihm gelehrte und geförderte vorhandene Recht gründete". S. 13. Verfasser kommt also in der Frage über das Verhältniss zwischen Recht und Moral zu demselben Resultat wie Pernice in seinen eingehenden Untersuchungen über die bona fides im römischen Recht, namentlich über die „objective" bona fides. Bei der Verschiedenheit des Ausgangspunktes der Forschungen beider Verfasser ist dies ein erfreuliches Resultat. Vgl. auch Anm. 17 bei Lotmar. Vielleicht wäre es noch am Platze gewesen, das Verhältniss zwischen dem Erforderniss der Uebereinstimmung mit den boni mores einerseits und der bona fides andererseits zu untersuchen. Der Begriff contra bonos mores scheint sich erst später aus dem allgemeineren Begriff der bona fides (natürlich ex contrario) herausgebildet zu

haben. So kam es, dass das pacisci contra bonos mores auf die gleiche Stufe gestellt wurde mit dem pactum ne dolus praestetur. Vgl. Pernice, Labeo II[2], S. 207 Anm. 2. Auf diese analytische Behandlung des Begriffes contra bonos mores geht Verfasser leider nicht ein; vielmehr strebt er unentwegt seinem Ziele, der „Construction" des unmoralischen Vertrages zu.

S. 14—50 giebt uns Verfasser das gesammte Quellenmaterial, aus welchem sich eine Bekämpfung der Immoralität bzw. eine Verwirklichung der Moralgebote ergiebt. Damit ist in dankenswerther Weise für alle ferneren Untersuchungen dieser nicht nur in rechtlich-ethischer, sondern auch in socialpolitischer Beziehung hochwichtigen Materie eine sichere Basis gegeben. Zunächst giebt Verfasser die Fälle an, in denen die Immoralität der Person privatrechtlich schwer ins Gewicht fällt. Sodann werden die Fälle zusammengestellt, in denen ein Einfluss der Immoralität auf die einseitigen Rechtsacte hervortritt, und endlich die zahlreichen Stellen, in denen die Moralität der Verträge, sowohl des Familien- wie des Vermögensrechts gewahrt wird. Eine ausführliche Erörterung widmet Verfasser den unsittlichen Innominatcontracten (S. 41 f.). Es fragt sich insbesondere dabei, ob die Partei, welche zur Erreichung eines unsittlichen Zwecks aus dem Innominatcontract schon geleistet hat, nach Ausbleiben der Gegenleistung das Geleistete zurückfordern darf (dass sie die unsittliche Gegenleistung nicht einklagen darf, ist einleuchtend). Ja, dies Rückforderungsrecht hat auch für den Fall Bedeutung, dass die unsittliche Gegenleistung thatsächlich vorgenommen worden ist. Die Untersuchung dieser Fragen beim Innominatvertrag wirft ein charakteristisches Licht auch auf das Rückforderungsrecht bei den benannten Verträgen. Insbesondere ergiebt sich daraus die Entscheidung, inwiefern ein Vertrag über die Erfüllung einer Pflicht oder die Unterlassung einer verbotenen Handlung unsittlich ist. Die Entscheidung ist dahin abzugeben. Die Leistung dafür, dass Empfänger etwas rechtlich Verbotenes unterlasse oder etwas rechtlich Gebotenes thue, kann wegen Unsittlichkeit des Geschäfts mit der condictio ob turpem causam zurückgefordert werden. Ebenso wird entschieden, wo ein Versprechen eines Vermögensvortheiles für Erfüllung einer Rechtspflicht oder Unterlassung einer Rechtswidrigkeit abgegeben wird, vorausgesetzt natürlich, dass ein Causalzusammenhang zwischen der Handlung oder Unterlassung und dem versprochenen Vermögensvortheil besteht. Dagegen ist nicht als unsittlich anzusehen der Vertrag über die Erfüllung einer Moralpflicht oder über die Unterlassung einer Moralwidrigkeit.

Ein weiterer Abschnitt (S. 50—63) behandelt die rechtliche Reaction gegen unmoralische Verträge. Verfasser unterscheidet dreierlei Verhaltungsweisen des Rechts. 1. Es giebt einige Verträge, die das römische Recht trotz ihrer moralischen Anstössigkeit bestehen lässt, indem es sich begnügt, gewisse Nachtheile über die Urheber dieser Verträge zu verhängen. Dies gilt von der vorzeitigen Wiederverheirathung einer Wittwe, von der Selbstverdingung zum Kampf mit wilden Thieren und

einigen anderen Verträgen. 2. Viel weiter greift, indem sie alle anderen unmoralischen Verträge trifft, die zweite Reaction: die Ungiltigkeitserklärung des unsittlichen Vertrages. 3. Die dritte rechtliche Reaction gegen den unmoralischen Vertrag besteht in der Rückgängigmachung der zu seiner Vollziehung vorgenommenen Leistung.

Ueber die Reaction zu 1. ist nichts Weiteres zu sagen. Sie tritt nur in bestimmten wenigen Fällen ein. Die Reaction ist hier gewissermassen eine minus quam perfecta.

Dagegen ist näherer Betrachtung würdig die zweite Reaction, die Ungiltigkeitserklärung des unsittlichen Vertrages. Die Ungiltigkeit wird allgemein in den Quellen als Regel für den unmoralischen Vertrag ausgesprochen. Der Verfasser hat darin Recht gegenüber abweichenden Ansichten. Ausser der vom Verfasser an dieser Stelle angeführten c. 4 de inut. stip. 8, 38 sprechen die Ungiltigkeit des unmoralischen Vertrages unzweideutig generell aus Ulpian fr. 26 de V. O. 45, 1 Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti, ferner c. 6 de pact. 2, 3 a. 213 Pacta quae — contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati iuris est. u. a. m. Die Ungiltigkeit des Vertrages ist schlichte Nichtigkeit, nicht etwa Anfechtbarkeit. Realisirt wird die Nichtigkeit sei es durch denegatio actionis, sei es durch exceptio, sei es ipso iure. Das Letztere ist bei den bonae fidei iudicia der Fall. Anfechtbar sind nur diejenigen Verträge, welche so zu sagen nur von aussen her unmoralisch sind, d. h. die betrügerischen, die erpressten und die in fraudem Dritter vorgenommenen Verträge. Verfasser führt an anderer Stelle, wo die Frage erörtert wird, wann ein unmoralischer Vertrag vorliege, mit Recht aus (S. 65f.), dass bei der Bestimmung des unmoralischen Vertrages und der rechtlichen Reaction dagegen nur diejenigen Verträge berücksichtigt werden können, deren unmittelbarer Inhalt ein unmoralischer ist. Nur für diese kommt die Frage in Betracht, ob und wie das Recht gegen die unmoralischen Verträge reagirt. Bei den von aussen her unmoralischen Verträgen giebt es andere Mittel der Abwehr, welche nicht auf der Immoralität des Vertrages selbst basiren, sondern auf der Immoralität des Zustandekommens des Vertrages, wobei der Inhalt des Vertrages selbst sehr wohl ein durchaus moralischer sein kann. Die Anfechtbarkeit dieser von aussen her unmoralischen Verträge hat also mit der Nichtigkeit der ihrem Inhalt nach unmoralischen Verträge nichts zu thun. Und nur von den letzteren ist hier die Rede. Hier führt Verfasser S. 52f. scharfsinnig aus, dass die Nichtigkeit eine „absolute ist, d. h., sie ist nicht vom Willen einer Partei abhängig und insbesondere nicht nur auf Parteiantrag, sondern von Amtswegen durch den Richter anzunehmen und auszusprechen“. Zum Beweis für diese Behauptung verweist Verfasser leider nur auf die moderne Rechtsprechung (Anm. 176) und auf die bemerkenswerthe Ausführung bei Planck, Lehrb. d. dtsch. Civilproc. I § 73 Anm. 31: „Selbstverständlich hat das Gericht zur Wahrung öffentlicher Interessen den vorgetragenen thatsächlichen Stoff auch ohne Parteiantrag zu prüfen u. s. w. Beispiel: Zurückweisung der Klage auf eine vertragsmässig geschuldete Leistung,

falls erhellt, dass eine turpis causa zu Grunde liege, auch wenn Beklagter daher keine Vertheidigung entnommen hat". Dass nicht etwa auf das „zur Wahrung öffentlicher Interessen" ein besonderer Nachdruck zu legen ist, beweist das von Planck gegebene Beispiel. Vgl. auch Kohler, Arch. f. bürg. Recht V. S. 249. Auf das römische Recht geht Verfasser nicht ein; vielleicht um nicht auf ein anderes Gebiet, nämlich auf die schwierige Frage über den Begriff der exceptio zu gerathen. Er beschränkt sich auf die Bemerkung: „dem steht nicht entgegen, dass bei stricti iuris-Geschäften die die Immoralität einwendende exceptio doli oder in factum nur auf Antrag einer Partei in die Formel gelangen konnte, denn dies war ein Antrag gegenüber dem Magistrat (der die actio nicht denegirt hatte), nicht gegenüber dem Geschworenen. Dass der iudex des Hinweises der Parteien auf die Immoralität bedurfte, um ihr Rechnung tragen zu können, wird nicht überliefert". Schade, dass Verfasser mit dem vorstehenden Satz die Frage mehr verdeckt als beantwortet! Und doch muss man bei materiellrechtlichen Fragen auf die processuale Behandlung der exceptio im römischen Recht eingehen, wenn anders ihr Wesen aufgeklärt werden soll. Es sei daher gestattet, mit ganz wenig Worten die Ausführungen des Verfassers, welche schier vor dem Ziele abbrechen, zu ergänzen. Ist es zunächst glaubhaft, dass der römische Richter (um ganz allgemein zu sprechen) die Klage auf Leistung aus einem Vertrage mit turpis causa deswegen nicht abgewiesen habe, weil Beklagter dies nicht beantragt hat, vielleicht weil er nicht wusste, dass die causa des Vertrages turpis sei? Sicherlich wird der römische Richter so entschieden haben, wie Planck von dem heutigen Richter fordert. Und doch musste in den iudicia stricti iuris die Unbegründetheit des Anspruchs wegen Immoralität durch die exceptio doli zum Ausdruck kommen. Da bleibt denn nichts Anderes übrig, als anzunehmen, dass die exceptio von Amtswegen vom Prätor in die formula eingeschoben wurde. Wir haben auch eine Unterstützung dieser Ansicht in den Quellen. Ulpian fr. 26 de V. O. 45, 1 sagt: Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti, woran in fr. 27 die Fortsetzung aus Pomponius gereiht wird: veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat. sed et officio quoque praetoris continetur ex huiusmodi obligationibus actionem denegari. Vergl. auch die bei Lotmar Anm. 173 angegebenen Stellen. Die Immoralität des Vertrages wurde also auch in Rom und vom Prätor von Amtswegen berücksichtigt. Ob der Prätor die Immoralität in dem gegebenen Fall durch cognitio sofort selbst beurtheilte und also die actio denegirte oder ob er nur den iudex auf die Immoralität durch Aufnahme der exceptio doli hinwies, das war seinem Ermessen überlassen. In der Regel wird der Prätor zu der ersten Alternative gegriffen haben, wenn der Thatbestand klar zu Tage lag, dagegen zur zweiten, wenn der Thatbestand einer längeren Untersuchung bedurfte. Ulpian fr. 9 de iureiur. 12, 2 Nam posteaquam iuratum est, denegatur actio: aut, si controversia erit, id est si ambigitur, an iusiurandum datum sit, exceptioni locus est. Vgl. Pernice, Krit. VJSchr. V, S. 416 und Labeo II²

S. 192 zu Anm. 6. Denegatio actionis und exceptio beruhen eben im gegebenen Falle auf demselben Rechtsgrund, den sie nur auf verschiedene Weise realisiren. Der Prätor wird aus demselben rechtlichen Grunde entweder die actio denegiren oder die actio mit exceptio in das iudicium verweisen. Vgl. Bekker, Aktionen II, S. 280 und Ztschr. d. Sav.-St. XV, S. 184 f., Lenel, Except. S. 21 f., v. Jhering, Geist d. R. R. III[4], S. 63 f. und Lenel, Ed., S. 117 bezüglich der exceptio iurisiurandi. Auf jeden Fall ergiebt unser obiges fr. 27 de V. O. 45, 1, dass die Immoralität eines Vertrages vom Prätor ex officio berücksichtigt werden musste. Verlangt man nun, dass die exceptio nur auf Antrag der Partei vom Prätor in die Formel eingeschoben werde, so kommt man zu dem sicherlich nicht annehmbaren Schluss, dass die Immoraliät des Vertrages vom Prätor ex officio berücksichtigt wird, sofern er die actio denegirt, dagegen von ihm nur auf Antrag der Partei berücksichtigt wird, sofern er es für nothwendig hält, die Sache zwecks näherer Feststellung der Entscheidung im iudicium zu überweisen. Da von einer solchen Verschiedenheit in der Berücksichtigung der Immoralität nicht die Rede sein kann, das fr. 27 de V. O. 45, 1 aber zweifellos die Berücksichtigung der Immoralität von Amtswegen bezeugt, so musste auch die die Folge der Immoralität realisirende exceptio doli von Amtswegen berücksichtigt, d. h. von Amtswegen vom Prätor in die formula eingeschoben werden. Wir haben somit eine ganze Kategorie von Fällen, in denen die exceptio vom Prätor ex officio in die formula eingeschoben wurde, nachdem schon die officielle Einschiebung der exceptio S.C. Velleiani von Gradenwitz (Ungiltigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte S. 75. 309), dargethan worden ist. — Ein Verzicht auf den Einwand der turpis causa ist ungiltig. Die turpis causa ist auch zu berücksichtigen bei abstracten Summenversprechen, sofern sie durch eine Partei zur Kenntniss des Richters gelangt. S. 53. — Jede Partei kann benachrichtigen ohne Rücksicht auf ihren Antheil an der turpitudo (Vgl. S. 61). Unabhängig ist auch die Nichtigkeit des unmoralischen Vertrages davon, ob die Parteien die Moralwidrigkeit des Vertrages kannten oder nicht. S. 54. — Ein moralischer Nothstand ändert an der Nichtigkeit nichts. S. 55 56. — Die Nichtigkeit ist unheilbar und ergreift auch die Accessionen des Vertrages (Conventionalstrafe, Pfandrecht u. s. w.) S. 57. — Die Nichtigkeit kann auch eine partielle sein. S. 58. —

Ueber die dritte Reaction (ad 3) ist Folgendes zu bemerken: Die Rückforderung des Geleisteten ist bei allen unmoralischen Verträgen möglich, sowohl bei den nichtigen (ad 2), wie bei den bloss anfechtbaren (ad 1). S. 58. — Abseits stehen die Honorarabreden der Philosophie- und Rechtsprofessoren, welche zwar nicht eingeklagt, aber völlig ehrbar angenommen und behalten werden können. Nicht in Betracht kommen auch die von aussen her unmoralischen Verträge, d. h. diejenigen, welche durch Täuschung oder Vergewaltigung zu Stande gekommen sind und bei denen die Immoralität möglicherweise zur Schadensersatz- und Strafforderung führen kann. S. 59. — Bei den bloss anfechtbaren unmoralischen Verträgen kann die Anfechtung ge-

rade in der Rückforderung bestehen (querella inofficiosae donationis, Anspruch auf Restitution des Kaufpreises u. s. w.) und andererseits kann die Leistung aus einem nur anfechtbaren unmoralischen Vertrag Verzicht auf das Anfechtungsrecht bedeuten. S. 59. — Beim nichtigen unmoralischen Vertrag erfolgt die Rückforderung entweder durch die generelle condictio ob turpem causam oder in gewissen Fällen daneben und electiv durch eine specielle Contractsklage. Diese Rückforderung ist statthaft, auch wenn die Leistung in Kenntniss der Nichtigkeit des Vertrages gemacht worden ist. Die Rückforderung wird aber niemals beiden Theilnehmern am unmoralischen Vertrag gewährt, sondern bald nur dem einen, bald keinem der Paciscenten, bald ist sie gänzlich ausgeschlossen. Dass ein Dritter den Vollzug des unmoralischen Vertrages rückgängig machen kann, kommt vor bei der Veräusserung in fraudem der Gläubiger oder des Patrons, bei der inofficiosa donatio oder dotis constitutio und bei der calumnia. Dass aber nur ein Paciscent die Rückforderung hat, und ferner, dass sie gänzlich ausgeschlossen ist, hängt mit dem Antheil der Parteien an der Immoralität des Vertrages zusammen. Dabei kommt es auf das Bewusstsein von der Immoralität nicht an. Dass der persönliche Makel der Paciscenten erst in Betracht kommen kann, wenn der Vertrag ganz oder theilweise schon vollzogen ist, ist selbstverständlich, da erst nach Vollziehung des Vertrages von der Rückforderung die Rede sein kann. So ist die Rückforderung statthaft bei turpitudo solius accipientis, dagegen ausgeschlossen bei solius dantis oder utriusque turpitudo. Vgl. S. 76 und Kohler, Arch. f. bürg. R. I, S. 359. Erfolgt bei Ausschluss der Rückforderbarkeit freiwillige Rückerstattung, so ist dies eine Schenkung. Unter diesem Gesichtspunkt ist auch aufzufassen ein Vertrag über Rückgängigmachung eines vollzogenen unmoralischen Vertrages. S. 59—61. —

In dem zweiten Haupttheil seiner Ausführungen (S. 64—105) behandelt Verfasser eingehend die Frage, wann ein unmoralischer Vertrag vorliegt. Die Quellen sagen nicht ausdrücklich, was ein unmoralischer Vertrag ist, und andererseits bemerkt Verfasser S. 79 zutreffend: „Die Kritik eines Vertrages, welche zum juristischen Verdict seiner Ungiltigkeit wegen Immoralität führen soll, darf nicht bei einer vagen Vergleichung des Vertrages mit den Moralgeboten stehen bleiben.“ Verfasser sucht daher feste Kriterien aufzustellen, um im gegebenen Fall entscheiden zu können, ob ein unmoralischer Vertrag vorliegt, welcher der rechtlichen Reaction unterworfen ist. Ein solcher Versuch ist bisher, wie bekannt, noch nicht ernstlich unternommen. Dass die Bestimmungen durch Windscheid zu weit gefasst sind, davon überzeugen die kurzen, aber klaren Ausführungen des Verfassers. Auch der Versuch von Ravit (Arch. f. civ. Pr. 58, S. 1—68) trägt mehr zur Kritik der Windscheid'schen Auffassung, als zu einem positiven Aufbau der Kriterien des unmoralischen Vertrages bei. So ist es natürlich, dass die positive Construction des Verfassers unser volles Interesse weckt. Der Verfasser zieht dabei nur diejenigen Verträge in Betracht, die ihrem Inhalte nach, d. h. vermöge des in ihnen Vereinbarten unmoralisch sind. Unberücksichtigt

bleiben die 'von aussen her unmoralischen', wie die erpressten in fraudem Dritter vorgenommenen. Da weiter das wissenschaftliche und praktische Interesse des Problems vom unmoralischen Vertrag im Princip seiner Nichtigkeit gipfelt, so sind auch die paar Arten unmoralischer Verträge ausser Acht zu lassen, die von diesem Princip nicht berührt werden. S. 65. — Darnach gelangt der Verfasser auf Grund der Abstraction aus den im Anfang seines Werkes erörterten Fällen unserer Quellen zu folgendem Resultat. Ein Vertrag ist unmoralisch, wenn eines der drei folgenden Verhältnisse seines Inhalts zur Moral gegeben ist, nämlich 1. wenn er eine Handlung, Duldung oder Unterlassung vereinbart, die unmoralisch ist. Dahin gehören der wucherische Zinsvertrag, die Veräusserung eigener Kinder, societas oder mandatum turpis rei u. s. w.; 2. wenn er zum Gegenstand einer Vereinbarung macht eine Handlung, Duldung oder Unterlassung, die zwar nicht unmoralisch ist, aber von Moralwegen nicht vertraglich vorgenommen oder zugesichert und damit dem Rechtszwang unterstellt werden darf. Dahin gehören die Abrede der Straflosigkeit für ein zu begehendes Delict, die Abrede über künftige Erbsuccession u. s. w.; 3. wenn er eine ökonomische Leistung in Causalbeziehung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung setzt, welche, mag sie moralisch oder unmoralisch sein, von Moralwegen nicht in solcher Causalbeziehung zu Geld oder Geldeswerth stehen soll. Dahin gehören der Processkauf des Procurators, die entgeltliche Rückerstattung eines Geliehenen, Deponirten, Mandirten, die entgeltliche Unterlassung einer Anzeige, weiter insbesondere die zahlreichen Fälle, in denen das Gattenverhältniss in solche Beziehung zu Geld gesetzt wird, dass von Kauf oder Käuflichkeit gesprochen werden kann u. s. w. Aus dem modernen Rechtsleben würde hierher die Vereinbarung einer Ehemakelgebühr gehören. S. 64—75. — „Dahingegen, ob und wann eine Leistung für sich oder ihre Aufnahme in einen Vertrag oder ihre contractliche Causalverknüpfung mit einer pecuniären Leistung der Moral widerstreitet, das ist keine Rechtsfrage, daher auch nicht aus dem Recht zu beantworten, sondern eine Moralfrage, daher auch nur aus der Moral zu beantworten". Dasselbe gilt bezüglich der Rückforderung nach Vollzug des Vertrages. S. 75. 76. — Es sind also beim unmoralischen Vertrag sowohl hinsichtlich seiner Giltigkeit als hinsichtlich der Rückforderung nach seinem Vollzug zwei Fragen zu unterscheiden: 1. ob ein gewisses Verhältniss des Vertrages zur Moral vorhanden ist, bei welchem ein Verstoss gegen die guten Sitten dem Recht nach möglich ist, und wenn ja, 2. ob ein solcher Verstoss gegen die guten Sitten der Moral nach wirklich vorhanden ist. Diese Unterscheidung hat zwei praktisch wichtige Consequenzen: 1. Der römischrechtliche Satz, dass das pactum contra bonos mores ungiltig ist, darf nicht dazu verführen, irgend einen Vertrag, an dem wir moralischen Anstoss nehmen, weil er der Immoralität Vorschub leistet, schon darum für unmoralisch und daher für ungiltig zu erklären. Vielmehr ist eine den Vertrag vernichtende Immoralität nur vorhanden, wo der Verstoss wider die Moral eine gewisse Form hat, wenn nämlich

die ausbedungene Handlung oder ihre Aufnahme in einen Vertrag oder ihre Causalverknüpfung mit einer Vermögensleistung unmoralisch ist. S. 76—79. — In interessanter Weise unterzieht Verfasser die einschlägigen Bestimmungen des B. G.-B. einer Kritik und zeigt, wie sehr das Bürgerliche Gesetzbuch über die Bestimmungen des römischen Rechts und wohl auch über die Bedürfnisse des heutigen Rechtslebens hinausgeht. Verfasser bemerkt richtig, dass die Rechtsprechung hier mit der einschränkenden Interpretation wird helfend eingreifen müssen. Die Untersuchungen des Verfassers bieten hierfür eine positive Grundlage. Bezüglich des Verhältnisses des modernen Rechts zum römischen Recht macht Verfasser die zutreffende Bemerkung: „Die unumgängliche Interpretation als Vermittelung zwischen dem Buchstaben des Gesetzes und dem Bedürfniss des Lebens kann werthvolle Anhaltspunkte im römischen Recht finden". S. 79—82. — 2. Die zweite praktische Consequenz besteht darin, dass die Moralfrage, von deren Beantwortung die Annahme der Immoralität und demnach die Ungiltigkeit eines Vertrages, wie weiterhin die Rückforderbarkeit der Leistung abhängen, sich allein aus der Moral beantwortet. Diese ist bei uns verschieden von der Moral bei den Römern. Die römische Moral ist auch für uns nicht verbindlich, da nur das römische Recht recipirt ist. Die Moralfrage ist also nach unseren heutigen Anschauungen zu beantworten. Bei der Gelegenheit macht der auch mit den socialen Fragen unserer Zeit vertraute Verfasser recht interessante Ausführungen über die Immoralität gewisser Arbeitsverträge unserer Zeit. S. 82—105. — Es würde heissen eine Monographie schreiben, wollte man die Construction des unmoralischen Vertrages durch den Verfasser einer eingehenden Kritik unterziehen. Das kann auch nicht die Aufgabe einer Recension sein. Es ist schon hervorgehoben, dass Verfasser mit als Erster die Kriterien der Immoralität des Vertrages in eine feste Form zu bringen bestrebt ist. Im Allgemeinen müssen die Resultate des Verfassers als annehmbar bezeichnet werden; auf jeden Fall bedeuten sie einen grossen Fortschritt, wenn nicht den ersten Schritt zur Construction des unmoralischen Vertrages. Dass im Einzelnen alle Argumente präcise abgewogen sind, und dass Verfasser das ganze Quellenmaterial beherrscht, braucht bei einem Forscher wie ihm nicht erst hervorgehoben zu werden.

Freiburg (Schweiz). v. Koschembahr-Lyskowski.

H. Erman, Servus vicarius, l'esclave de l'esclave romain. Extrait du Recueil publié par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, à l'occasion de l'Exposition nationale suisse Genève 1896, pag. 391—532. Lausanne 1896.

Der Verfasser entwirft ein glänzendes Bild von der culturgeschichtlichen Stellung des Sclaven des römischen Sclaven (servus vicarius). Auch die einschlägigen juristischen Fragen werden eingehend erörtert.

Mitunter hat sich freilich der Verfasser Einschränkung auferlegen müssen, da die Erörterung mancher juristischen Fragen ein Eingehen auf das Sclavenrecht im Allgemeinen erfordert hätte. So hat denn Verfasser erschöpfend nur diejenigen juristischen Fragen untersucht, welche mit dem Sclavenvicariat unmittelbar zusammenhängen. Aber auch hier hat sich reichliche Gelegenheit geboten, Streitfragen zu lösen und Unklarheiten zu zerstreuen. Im Resultat ergiebt sich, dass die Rechtssätze des allgemeinen Sclavenrechts auch für den Vicarsclaven gelten. Auf die übergangenen juristischen Fragen des allgemeinen Sclavenrechts behält sich Verfasser vor, in einer Einzeldarstellung des römischen Sclavenrechts zurückzukommen (S. 403 N. 5). Möge dies Versprechen recht bald erfüllt werden! Wer in den Quellen arbeitet, weiss nur zu gut, dass noch manche Fragen des Sclavenrechts der Erörterung harren. Und doch ist zum Verständniss der Quellen eine Klarheit über die sclavenrechtlichen Grundsätze geradezu unerlässlich. Mit seinem „Servus vicarius“ hat Verfasser einen werthvollen Beitrag geliefert und zugleich einen glanzvollen Beweis für seine vollständige Beherrschung des umfangreichen und zerstreuten Materials gegeben. Sowohl die juristischen wie die nichtjuristischen Quellen sind vollständig berücksichtigt. Auch das ganze Inschriftenmaterial ist verarbeitet worden (nur Bd. VI des Corp. Inscr. Lat. ist nicht benutzt, da der Index dazu noch nicht erschienen ist. S. 392 N. 1). Jeder, der eine Information über eine Frage des römischen Sclavenrechts oder des römischen Sclavenlebens sucht, wird an der bedeutungsvollen und elegant geschriebenen Einzeldarstellung von Erman nicht vorübergehen dürfen. Es möge nunmehr aus dem reichen Inhalt Folgendes angeführt werden.

Entgegen andererseits ausgesprochenen Ansichten wird ausgeführt, dass das Sclavenvicariat keineswegs eine specifisch römische Institution ist. Die Römer. haben das Sclavenvicariat wenigstens der Sache nach bei anderen Völkern vorgefunden und nur dem Institut in gewohnter Weise eine scharfe juristische Form gegeben. Insbesondere ist das Vicariat bezeugt bei den Aegyptern (S. 394/95), bei den Persern (S. 395), bei den Hebräern (S. 395/96). Ueber die juristische Stellung des Sclavenvicars bei den genannten orientalischen Völkern ist wenig bekannt. Hervorzuheben ist die dortige milde Behandlung der Sclaven im Allgemeinen (S. 393. 398 N. 5. S. 400 N. 4). In dieser Beziehung haben die genannten orientalischen Völker sich in vortheilhafter Weise vor dem römischen Volke ausgezeichnet. Bei den Griechen ist der Sclavenvicar schon in der Odyssee bekannt, ferner in den Originalkomödien zu Plautus (S. 397). Verfasser giebt die einschlägigen Stellen des Plautus selbst vollständig an, so dass wir hier eine dankenswerthe Ergänzung zu Costas bekanntem Werke vor uns haben. Bei Demosthenes finden wir häufig Vicarsclaven der athenischen Banquiers (S. 398). Die Fayûmer Funde haben dagegen bis jetzt noch keinen Vicarsclaven aufzuweisen (S. 398 N. 4). Das römische Sclaventhum hat sich im Allgemeinen nach dem Muster des griechischen Sclaventhums ausgebildet (S. 398/99). Ob das Griechenthum auch auf die juristische Formulirung der Sclaven-

stellung bei den Römern einen Einfluss gehabt hat, untersucht Verfasser leider nicht, obwohl dies nach den Bemerkungen von Pernice, Labeo I, S. 113 Z. 2. S. 114 nahe gelegen hätte. Wie weit in der Sclavenstellung bei den Römern sich ägyptischer Einfluss geltend gemacht hat, wagt Verfasser nicht zu entscheiden (S. 399 N. 1 cf. S. 394/95), wenn er auch den allgemeinen Einfluss des ptolemäischen Staats- und Verwaltungsrechts auf die ganze Mitwelt sehr wohl in Rechnung zieht. — Bezüglich der Terminologie des servus vicarius ist Folgendes bemerkenswerth. Sehr selten wird als Bezeichnung für den Sclaven des Sclaven der Ausdruck servus servi gebraucht; etwas häufiger sind die Ausdrücke servus peculiaris, mancipium peculiare, conservus; meistens lautet die Bezeichnung servus vicarius im Gegensatz zum servus ordinarius, dem Sclaven-Herrn. Der servus vicarius gilt als der Stellvertreter des servus ordinarius im Dienste des Herrn Beider (S. 399. 403. 404). Wie sehr diese juristische Auffassung des vicarius als Stellvertreter des ordinarius specifisch römisch ist, ergiebt sich u. A. auch daraus, dass es eine griechische Uebersetzung für servus vicarius nicht giebt (S. 399 N. 2), ebenso wie eine griechische Uebersetzung für zwei andere specifisch-römische Institute der Hausorganisation der Römer fehlt, nämlich für peculium und contubernium (S. 400 N. 1. 2). In beiden letzteren Ausdrücken haben wir es bei den Römern mit Rechtsbegriffen zu thun, während die Griechen den Sclaven juristisch ignorirten. Ueber die libelli familiae giebt Verfasser S. 401 N. 2 interessante Bemerkungen. Der Ausdruck vicarius, ebenso wie dies vom Ausdruck contubernium gilt, ist aus dem Militärwesen genommen (S. 402. 404). Bei einem militärisch organisirten Volke ist dies nicht auffallend. Das römische Haus war militärisch organisirt, mit eigenen constitutiones domus und eigener consuetudo domus (S. 403). Es giebt ein Sclavenrecht bei den Römern. Davon wird einstweilen allgemein bemerkt, dass das Sclavenrecht den Herrn nur ex fide verpflichtete, den Delegirten des Herrn aber absolut (S. 403 cf. S. 455). Die Verpflichtung des Herrn nur ex fide war schon seit Pernice, Labeo I S. 125 Anm. 55. 56. S. 126 Anm. 57. S. 157 bekannt. Bezüglich der absoluten Verpflichtung des Delegirten dagegen macht Verfasser S. 403 N. 5 sehr interessante Ausführungen. Dem Verfasser erscheint das römische Haus als Staat im Kleinen. Die Gesetze des Hausherrn sind Abbilder der Staatsgesetze. Daher werden die „Haussatzungen" zu wirklichen Staatsgesetzen, sobald der Hausherr die staatsgesetzgebende Macht hat, also Kaiser oder eine civitas ist. Damit erklärt Verfasser die testamenti factio des servus publicus p. R. (Ulp. 20, 16). So kommt denn der Ausdruck vicarius im Militärwesen wiederholt vor (S. 404). Uebertragen wird der Ausdruck auch auf die Gladiatoren, die apparitores der Magistrate, die Stadtlegate und die Träger anderer öffentlichen Würden und Bürden (munera). Während nun im Sclavenrecht dem vicarius der ordinarius gegenübersteht, gilt dies nicht von den Fällen, wo sonst der Ausdruck vicarius gebraucht wird. Es giebt keinen ordinarius praefectus im Gegensatz zu dem vicarius praefecti praetorio. Andererseits giebt es keinen iudex vicarius, obwohl ein iudex

ordinarius besteht (S. 405 N. 2). — Während servus vicarius ursprünglich den Stellvertreter des Sclaven bezeichnet, wird derselbe Ausdruck auch für jeden Peculiarsclaven gebraucht (S. 405). Der servus vicarius kann demnach eine dreifache verschiedentliche Stellung haben: 1. er ist Sclave des Herrn und Vertreter eines anderen Sclaven (des servus ordinarius); 2. er ist Peculiarsclave, welcher zugleich den ordinarius vertritt; 3. er ist Peculiarsclave ausschliesslich im Dienste des ordinarius. Bei Plautus ist diese Terminologie noch nicht ausgebildet. Bei den Pandektenjuristen wird jeder Art Peculiarsclave servus vicarius genannt und jeder Sclave des Sclaven gilt als Peculiarsclave (S. 406). Die Römer haben somit nie die Verbindung zwischen dem vicarius und dem dominus beseitigt. So heisst der Sclave auch eines sehr reichen und ökonomisch unabhängigen Sclaven doch dessen conservus (S. 407). Der servus vicarius selbst bezeichnet seinen Sclavenherrn gewöhnlich nur nach dessen sonstigen Functionen, indem er nur seine eigene Stellung als servus vicarius hervorhebt; dominus nennt ihn der vicarius in den Inschriften nur einmal, ordinarius servus nennt er ihn niemals (S. 408). Zwischen dem servus servi der römischen Juristen und dem servus servorum Dei des kanonischen Rechts nimmt Verfasser nur einen losen Zusammenhang an (S. 408. 409). — S. 409—423 giebt Verfasser sämmtliche Inschriften an, in denen der Vicarsclave erwähnt ist. Besonders zusammengestellt sind die Inschriften, in denen der servus ordinarius des vicarius ein servus publicus ist. Ex vicaris bedeutet in den Inschriften einen gewesenen Sclaven (S. 411 N. 1). S. 423—425 giebt Verfasser die Stellen über den Vicarsclaven aus den juristischen und nichtjuristischen Quellen.

Im zweiten Capitel (S. 425—74) behandelt Verfasser die „persönliche Seite" des Vicariats. Die Vicarsclaven sind bestimmt entweder zum Dienste des Herrn oder zum Dienste des servus ordinarius. Die ersteren sind die servi vicarii i. e. S.; sie sind die Stellvertreter des ordinarius. Thatsächlich kommen aber häufiger die Vicarsclaven der zweiten Kategorie vor; sie sind Peculiarsclaven des servus ordinarius und werden von diesem zu eigenen Zwecken verwendet (S. 425. 426). — Der Vicarsclave kann entweder im Eigenthum des Herrn stehen oder im Eigenthum des servus ordinarius oder im Eigenthum Beider. Die Vicarsclaven, welche im Eigenthum des Herrn stehen, sind nicht Sclaven des Sclaven; sie sind Ersatzmänner des servus ordinarius, werden vom Herrn angeschafft und dienen lediglich den Zwecken des Herrn. Die Vicarsclaven, welche im Eigenthum des ordinarius stehen, sind insbesondere in den Dienst dieses gestellt; dennoch heissen auch sie vicarii, wie schon ausgeführt ist. Namentlich in der familia Caesaris kommen diese vicarii häufig vor. Jedoch ist es natürlich, dass der vicarius, welcher im Eigenthum des ordinarius steht, mittelbar auch dem Herrn des ordinarius Dienste leistet. Damit ist der Uebergang gefunden zu dem Vicarsclaven im gemeinschaftlichen Eigenthum des Herrn und des ordinarius. Labeo fr. 22 § 1 de pec. leg. 33, 8 Dominus servum, qui cum eo vicarium communem habebat. Der Herr kaufte vielfach gemeinschaft-

lich mit seinen Sclaven andere Sclaven zwecks gemeinschaftlicher Speculationen. Dennoch möchte Verfasser in diesem Fall nicht ein gemeinschaftliches Eigenthum i. e. S. annehmen, sondern eher „eine Art Hypothek" zu Gunsten des Herrn, um diesem die Rückerstattung des seinerseits gezahlten Kaufpreises zu garantiren. — Es giebt Vicarsclaven, welche mit dem ordinarius im Hause des Herrn wohnen und solche, welche ausser dem Hause wohnen (S. 428). Es giebt ferner Vicarsclaven, welche der ordinarius ernährt, und solche, welche vom Herrn ihren Unterhalt empfangen (S. 429). Gehalten wurden Vicarsclaven von einem ordinarius, sei es zum persönlichen Dienst (es gab Ordinarsclaven, welche mehrfache Millionäre waren), sei es zu Geschäften der Industrie oder des Handels. Namentlich als Lehrlinge der servi ordinarii kommen vielfach servi vicarii vor (S. 429—434). Auch der Herr hatte einen mehrfachen Nutzen von den Vicarsclaven des ordinarius (S. 434—436). Die Zahl der Vicarsclaven ist in Rom eine sehr grosse gewesen. Es gab sogar vicarii des vicarius, wenn auch nicht so zahlreich. Am zahlreichsten waren die Vicarsclaven, welche ausserhalb des Hauses des Herrn wohnten (S. 436—441). Das Verhältniss zwischen dem Vicarsclaven und der Familie des Ordinarsclaven gestaltete sich nach dem Muster des Verhältnisses zwischen Ordinarsclaven und Herrn. Wie der Herr häufig mit seiner Sclavin im contubernium lebte, so auch der Sclave mit seiner Vicarsclavin. Verfasser macht weitere interessante Ausführungen über das Verhältniss des Ordinarsclaven zu dessen Vicarsclavin und deren Kindern (S. 442—448; cf. S. 457 N. 2). Im Allgemeinen war die Stellung des Vicarsclaven eine erheblich schlechtere als die des servus ordinarius (S. 449). Juristisch stand der servus vicarius im Eigenthum des Herrn, aber thatsächlich war er in der Verfügungsgewalt des servus ordinarius. In dieser Beziehung werden die bekannten Grundsätze, welche jedes peculium des Sclaven beherrschen (cf. Pernice, Labeo I. S. 125f.) auch bezüglich des Vicarsclaven bestätigt. Dabei kommt aber immer die Grundauffassung des Vicarsclaven als Vertreters des Ordinarsclaven zur Geltung. So kann man sagen, dass der Vicarsclave weder im alleinigen Eigenthum des Herrn, noch im alleinigen Eigenthum des Ordinarsclaven stand. Der Vicarsclave hatte zwei Herren. Der Herr (dominus) hatte über den Vicarsclaven nur eine indirecte Gewalt; der Ordinarsclave nur eine unvollständige Gewalt, welche beschränkt war durch die höhere Gewalt des dominus (S. 450). Daher gehört der Vicarsclave nicht zu den sui servi des dominus (wie übrigens schon Pernice, Labeo I S. 125 Z. 8 hervorgehoben hat). Die constitutiones domini gelten nicht für die Vicarsclaven (S. 451). Der Herr vertritt den Vicarsclaven bei des Zählung, der Steuererhebung, in den actiones noxales und adiecticiae qualitatis, sowie bei der Freilassung. Auch bedurfte es der Zustimmung des Herrn zum Eintritt des Vicarsclaven in ein collegium tenuiorum. Nur der Herr konnte von einem gemisshandelten Vicarsclaven vor Gericht citirt werden. In den übrigen Beziehungen gegenüber dem Vicarsclaven concurrirt mit dem Herrn der Ordinarsclave. So ist die juristische Stellung des Vicar-

sclaven ähnlich der Stellung eines servus communis, der zwei Herren hat, oder noch besser der eines servus fructuarius, wobei der Ordinarsclave den Usufructuar darstellt (S. 451. 452). Daher erwirbt der Vicarsclave in dubio für das peculium des Ordinarsclaven, namentlich durch seine operae (S. 452 cf. S. 455). Aber er kann auch für den dominus erwerben, z. B. durch Stipulation ex re domini oder iussu domini. Dafür haftet aber der dominus auch direct mit der actio noxalis vicarii nomine und wahrscheinlich auch mit der actio de peculio vicarii. So ist die Theilung der Gewalten über den vicarius zwischen dominus und Ordinarsclaven zu Gunsten des dominus durchgeführt. Nach der Auffassung des Verfassers existirt das Vicariat nur durch den Willen des Herrn (dominus). Alle Rechtshandlungen des ordinarius dem vicarius gegenüber gelten als mit Zustimmung oder im Sinne des Herrn geschehen. Dies bezieht sich auch auf die Begründung eines peculium für den vicarius und auf die Kaufsumme eines vicarius statuliber (S. 453 cf. S. 456). Daher sind die Handlungen und Befehle des ordinarius dem vicarius gegenüber als nichtig zu betrachten, sofern sie dem Willen oder dem präsumtiven Willen (d. h. den Interessen) des Herrn widersprechen. Während also im Allgemeinen der vicarius der Disciplin des ordinarius unterworfen ist (cf. S. 456 N. 1), hat er doch dem ordinarius nicht zu gehorchen, wenn der ordinarius ihm befiehlt, mit ihm zusammen zu entfliehen (S. 453). Andererseits musste aber die Gewalt des Herrn Halt machen vor der Stellung des vicarius als Peculiarobject des ordinarius (S. 454). Daher verpflichten den Herrn die actiones adiecticiae und den Erben des Herrn ein legatum peculii (S. 455). Hat der Herr auf die actio noxalis vicarii nomine hin Litisaestimation geleistet, so darf er vom peculium des Sclaven doch nur den Werth des vicarius zur Deduction bringen, selbst wenn die Litisaestimation mehr betragen hat. Hat der Herr allein dem Vicar gestattet, mit dem peculium Handel zu treiben, so entzieht er dadurch dem ordinarius nicht das Deductionsrecht am peculium des vicarius (S. 455). Nach Allem waren die Rechte des ordinarius dem vicarius gegenüber folgende: Der ordinarius mit libera administratio peculii hatte allein das Recht, den vicarius zu erwerben und zu veräussern. Der ordinarius durfte dem vicarius ein peculium constituiren und ihm dasselbe entziehen, selbst wenn er nicht libera administratio hatte. Dagegen ist es zweifelhaft, ob der ordinarius aus eigener Gewalt dem vicarius die libera administratio peculii gewähren durfte. Der ordinarius durfte den vicarius zum exercitor bestellen, im Namen des Herrn einen iussus ertheilen und durch Geschäfte des vicarius eine versio in rem (peculii) erwerben. Ferner durfte er von einem vicarius statuliber die Kaufsumme erwerben. Weiter hatte er die materiellen Vortheile des Patronats über einen von ihm freigelassenen vicarius (S. 456). — Auch der vicarius konnte freigelassen werden. Aber die Freilassung war schwieriger. Reiche ordinarii nahmen häufig die Freilassung vor (S. 457). Die Freilassung konnte aber in keiner Form durch den ordinarius selbst erfolgen. Zum Verkauf des vicarius manumissionis gratia an einen Dritten bedurfte es der Zu-

stimmuug des Herrn (cf. S. 459). Ohne diese Zustimmung war der Verkauf nichtig (S. 458). Dennoch wurde thatsächlich dies vielfach umgangen (S. 459). Ordnungsmässig konnte der vicarius nur durch den Herrn freigelassen werden. Es konnte dies in den bekannten Formen geschehen. Zulässig war aber auch die Form ex lege Iunia voluntate domini in libertate morari. Im letzteren Fall ist äusserlich scheinbar der ordinarius der manumissor (S. 459). War die Freilassung per interpositam personam mit Zustimmung des Herrn erfolgt, so verlor der Herr natürlich die Vortheile des Patronats (S. 459). Erfolgte die Freilassung durch den Herrn, aber auf Kosten des ordinarius, so fielen die Vortheile des Patronats vielleicht in das peculium des ordinarius (S. 460 cf. S. 461 N. 2). Wollte der Herr die Vortheile des Patronats nicht verlieren, so musste der Herr den vicarius durch ademptio vicarii zunächst zum ordinarius machen (S. 460. 461). Freigelassene vicarii kommen in den Quellen zahlreich vor (S. 461—468). — Das Vicariat kann entstehen durch Erwerb eines vicarius, sei es durch den ordinarius, sei es durch den Herrn (S. 468). Der Erwerb konnte durch mancipatio oder usucapio auf den Namen des Herrn oder durch Tradition auf den Namen des vicarius erfolgen (S. 469. 470). — Der Vicariat endet, wenn der vicarius aufhört, Sclave des ordinarius zu sein oder wenn er servus ordinarius eines Freien wird (S. 471).

In einem dritten, juristisch sehr bedeutungsvollen Capitel (S. 474 bis 518) behandelt Verfasser die Schulden und das peculium des vicarius. Aus den Rechtsgeschäften und Delicten des vicarius kann allein gegen den Herrn die Klage erhoben werden (S. 474). Das peculium des vicarius bildet einen Theil des peculium des ordinarius und haftet für die Schulden des ordinarius wie für die des vicarius. Es besteht Deductionsrecht des Herrn am peculium des vicarius wie an dem des ordinarius (S. 475). Geschaffen werden kann dem vicarius ein peculium sei es durch den Herrn, sei es durch den vicarius (S. 476. 477; cf. S. 456). Für die Beendigungsgründe des Vicarpeculium gelten dieselben Regeln wie für das Ordinarpeculium (S. 478. 479). — Eine in rem versio kann in zweifacher Weise durch den Sclavenvicar erfolgen, nämlich entweder eine versio in das Vermögen des Herrn oder eine solche in das peculium des servus ordinarius. Die erstere versio unterscheidet sich in nichts von der versio in das patrimonium des Herrn durch einen servus ordinarius. Die letztere versio fällt ganz unter die Regeln des peculium des ordinarius; sie begründet also eine Art doppelter actio adiecticiae qualitatis (S. 480. 481). — Aus den Schulden des vicarius giebt es auch eine actio tributoria. Die allgemeinen Regeln der tributoria spiegeln sich in interessanter Weise in diesem speciellen Rechtsverhältniss wieder, wobei die eigenartige Stellung des vicarius als Sclave von zwei Herren überall zum Ausdruck kommt (S. 483—490). — Für den Schaden, welchen ein vicarius anrichtet, hat der servus ordinarius nach den Regeln der actio noxalis aufzukommen. Die actio selbst ist natürlich gegen den Herrn zu richten (S. 490—492). — Ein Gesammtbild der Klagen, welche auf Grund von Verpflichtungen des vicarius zustehen, giebt Ver-

fasser S. 493—498. Hierbei kommt Verfasser auf die allgemein interessante Frage des concursus und der Consumtion dieser Klagen zu sprechen. Eine Beantwortung der Frage macht ein Eingehen auf die Klagenconsumtion bei den actiones adiecticiae qualitatis im Allgemeinen nothwendig. Verfasser kehrt in dieser Beziehung zu der Ansicht von Keller und P. Krüger zurück, indem er ausführlich (S. 498—509) die Theorie von v. Pokrowsky über die actiones in ius und in factum conceptae widerlegt. Was die Theorie v. Pokrowsky selbst anbetrifft, so stehen wir nicht an, die Widerlegung durch Erman für durchschlagend zu erachten. Namentlich das Argument von Erman, dass bei der actio gegen den defensor die Consumtion ipso iure eintritt, und dass bei der gleichartigen Fassung der Formeln der actio gegen den defensor und der actiones adiecticiae die Consumtion auch bei den letzteren ipso iure eintreten müsse, scheint uns entscheidend gegen die Pokrowsky'sche Theorie zu sprechen (S. 507. 508). Die Schwierigkeiten, welche die ipso iure-Consumtion bei den actiones adiecticiae herbeiführen musste, überwanden nach der Ansicht von Erman die römischen Juristen durch die in integrum restitutio. Auch hierin kehrt also Erman zu den Ansichten von Keller und P. Krüger zurück. Wir wagen es nicht, an dieser Stelle die Frage zu entscheiden. Die bekannten Einwände von Bekker und Lenel wiegen schwer gegen eine solche weitgehende Anwendung der restitutio in integrum. Uns will es scheinen, dass Lenel (Ed. perp. S. 227. 228) das Richtige trifft, wenn er meint, dass der Schlüssel zur Lösung der genannten Schwierigkeiten in der Consumtionslehre selbst zu suchen ist. Und es ist vielleicht nicht von der Hand zu weisen, dass die später allerdings überwundene Sabinianische Ansicht von dem Erforderniss aller Condemnationsvoraussetzungen schon im Augenblick der Litiscontestation einen Einfluss auf die Ausgestaltung der Consumtionslehre ausgeübt hat (fr. 32 pr. de pec. 15, 1. Vgl. auch neuestens Eisele, Beitr. z. röm. Rechtsgesch. S. 15). —

In einem Anhang (S. 518—525) macht Verfasser interessante Ausführungen über die Stellung des Gewaltunterworfenen (Sohnes oder Sclaven) eines filiusfamilias. Die quasi-potestas eines filiusfamilias über seine Hausangehörigen ist im Allgemeinen ähnlich der des servus ordinarius über dessen vicarii.

Freiburg (Schweiz). v. Koschembahr-Lyskowski.

Dr. Wilhelm Sjögren, Privatdocent der Rechte an der Universität Upsala, Ueber die römische Conventionalstrafe und die Strafklauseln der fränkischen Urkunden. Berlin, Carl Heymanns Verlag 1896. VIII und 152 S. Preis: Mk. 3.

Der schwedische Verf., dem die deutsche juristische Litteratur noch eine zweite Arbeit verdankt („Zur Lehre von den Formen des Unrechts und den Thatbeständen der Schadenstiftung“, in Jherings Jahrbüchern

Bd. XXXV), hat in vorliegender Schrift zwei Abhandlungen vereinigt, von denen die eine dem Gebiete des römischen, die andere dem des germanischen Rechts angehört.

In dem uns hier interessirenden romanistischen Theil des Buches versucht es Verf., „einen neuen Gesichtspunkt" für die Lehre von der Conventionalstrafe zu gewinnen. Diesen erblickt er in der Hervorhebung des „Fundaments" beim Strafgedinge, d. h. „des Principalen, an das sich der Nebenvertrag als Sicherungsmittel anschliesst". In den bisherigen Darstellungen der Lehre habe man es vernachlässigt, das Institut nach dieser Seite hin zu untersuchen. Aber mit Unrecht, denn gerade das Fundament sei für die Anwendung und den Verkehrswerth der Conventionalstrafe in erster Linie massgebend. Der Schlüssel zum richtigen Verständniss der römischen stipulatio poenae liege eben darin, „dass man nicht mit der bisherigen Theorie dabei stehen bleibe, den Strafvertrag als ein Bestärkungs- oder Sicherungsmittel zu bezeichnen, sondern auch das begriffliche Correlat dazu, nämlich die Sicherungsbedürftigkeit des Fundaments der Strafe beachte" (S. 19). Freilich, giebt Verf. zu, liefern uns die Quellen nur ein getrübtes Bild von der Conventionalstrafe, die in vielen Beziehungen verkümmert erscheine; es müsse aber trotzdem betont werden, dass die typische Function unserer Strafe zweifellos darin bestehe, sicherungsbedürftige Rechtsgebilde zu verstärken, und darin gipfele, „im Dienste der objectiven Zwecke der Rechtsordnung" Mängel der Legaldisposition durch Parteidisposition zu heben.

Um den Spuren dieser Bedeutung der Pön nachzugehen, untersucht der Verf. eine, auf Vollständigkeit übrigens nicht berechnete, Sammlung von Einzelfällen: die Darstellung der „typischen Fundamente der römischen Conventionalstrafe" (Cap. II) soll es beweisen, dass es jedesmal die Schwäche des rechtlichen Verkehrsgebildes ist, die das Bedürfniss nach dem Strafgedinge hervorruft.

Die Reihe der Fundamente wird mit dem Compromiss (§ 1) eröffnet. Dieses, meint Sj., könne überhaupt nur zweifelhafte rechtliche Wirkungen erzeugen, weil mit dem Aufkommen einer staatlichen Gerichts- und Vollstreckungsorganisation sich eine dem Compromissverfahren feindliche Tendenz einstelle. Aus diesem — und keinem anderen — Grunde müsse die Strafsanction hervortreten, um die Erfüllung zu sichern.

Dieser Ansicht des Verfassers wird man aber nicht beipflichten können. Von einem „feindlichen" Verhalten seitens der Rechtsordnung dem Schiedsspruch gegenüber lässt sich schwerlich reden. Selbstverständlich greift das Compromiss in das öffentliche Recht ein, da der Rechtsweg eine öffentliche Angelegenheit ist. Dies spricht jedoch nicht für Sj. Denn was ist die Folge dieses Eingreifens? Doch einzig und allein die staatliche Normirung, der publicistische Beigeschmack des Instituts. Als Ersatz der gerichtlichen Erledigung der Rechtsstreitigkeiten wird das Schiedsverfahren von der Rechtsordnung beachtet, in Schutz genommen und geregelt. Einerseits lässt sie ihm eine gewisse Hilfe

angedeihen, die in Rom bekanntlich darin bestand, dass der Prätor auf Antrag der Parteien den arbiter zur Durchführung seines freiwillig übernommenen Amtes (durch multae dictio oder pignoris capio) zu zwingen versprach. Andererseits stellt sie Bedingungen auf, welche das Compromiss der öffentlichen Rechtssprechung nähern und dasselbe z. Th. als öffentliche Einrichtung erscheinen lassen. Von einer „feindlichen Gegenüberstellung" seitens der Staatsgewalt vermag ich dabei nichts zu entdecken. Aber ebensowenig von einer Schwäche des Rechtsgebildes, welche durch die Hinzufügung einer Conventionalpön gehoben sein sollte. Denn das Urtheil des Schiedsrichters wurde ja in Rom nicht rechtskräftig und erzeugte keine Klage auf Vollstreckung. Dieser Hauptschwäche konnte aber die Vertragsstrafe nicht abhelfen, schon deswegen nicht, weil sie sich nur auf einen der zwei für das compromissum erforderlichen Parteiverträge bezog, — auf den Sicherstellungsvertrag, der nach den Grundsätzen der Civilrechtstheorie behandelt und von publicistischen Tendenzen weniger beeinflusst wurde. Zum receptum — dem Vertrage der Parteien mit dem Mann ihres Vertrauens —, das unter Edictsnorm stand und vorherrschend processartig gestaltet war, gehörte dagegen die Conventionalstrafe nicht, und sie blieb auch auf die gerichtliche Seite der Sache ohne jeglichen Einfluss[1]).

M. E. ist die Function des Strafgedinges beim Schiedsvertrag im Wesentlichen keine andere, als die uns sonst entgegentretende: die Strafe erscheint auch hier als das im Voraus fixirte Interesse. Ein Doppeltes bestärkt mich in dieser Meinung. Erstens sind ja die gegenseitigen Pönalstipulationen nur das Gewöhnliche, nicht das hierbei allein Mögliche. Es kommen vor: a) ein directes Stipulationsversprechen der Anerkennung des Arbitriums, ohne Conventionalstrafe, eine actio ex stipulatu auf das Interesse begründend: fr. 27 § 7 h. t. (sed si poena non fuisset adiecta compromisso, ... incerti adversus eum foret actio), fr. 28 h. t.; b) ein compromissum ohne Stipulation oder doch ohne gegenseitige, mit Deposition des Streitgegenstandes: fr. 11 § 2 h. t.; c) ein compromissum nudo pacto: fr. 11 § 3 h. t., — und noch andere Modificationen, der Neuerungen Justinians in den c. 4 und 5 h. t. nicht zu gedenken, die freilich nicht mehr im Rahmen des römischen Schiedsrichterinstitutes liegen. Sodann zweitens — und dies dürfte schwerer ins Gewicht fallen — wurden Strafstipulationen im ordentlichen Processe ebenfalls eingegangen. Das Vertragselement war selbst da von ganz enormer Bedeutung: man vergegenwärtige sich bloss alle stipulationes praetoriae i. w. S.! Und was war hier der Bestand des Anspruchs? Abgesehen von der rei restitutio doch offenbar der Ersatz des Schadens, die incerta quantitas, auf Grund der Klausel „quanti ea res est" (fr. 2 pr. § 2 de stip. praet.; cf. fr. 28 de receptis!). Der Gebrauch der Conventionalstrafe ist uns auch da bezeugt: fr. 6 h. t., fr. 8

[1]) Ueber diese Unterscheidung, die Sj. nicht genügend würdigt, vgl. Matthiass, Die Entwickelung des röm. Schiedsgerichts S. 18 ff., und Mitteis in der Krit. Vierteljahresschrift XXXIII, S. 344 ff.

§ 2 ratam rem haberi. Aber zum Glück noch mehr: es wird uns gesagt, zu welchem Zweck die Pön hier beigefügt werden soll, welche Function sie auszuüben hat. Ein Zeitgenosse des Marcellus drückt sich in Bezug darauf folgendermassen aus: in eiusmodi stipulationibus, quae „quanti ea res est" promissionem habent, commodius est certam summam comprehendere, quoniam plerumque difficilis probatio est, et rel. (fr. ult. h. t. Venuleius libro octavo actionum). Dies in bester Uebereinstimmung mit der üblichen Bestimmung der Vertragsstrafe: § ult. I. de V. O.

Die enge Verwandtschaft und Analogie des Schiedsspruchs damit in der uns interessirenden Hinsicht lässt sich m. E. unmöglich verkennen. Sehr richtig bemerkt Bekker (Die Aktionen II, S. 45), dass wir einen und denselben Vorgang bei den prätorischen Stipulationen und den Compromissen treffen: bei letzteren mochten „die Schwierigkeiten der erforderlichen Ermittelung" „besonders früh in die Augen springen und zur regelmässigen Substitution bestimmter Werthe führen . . . ."

Als zweites Fundament der römischen Conventionalstrafe führt Verf. den Vergleich an (§ 2). „Der Gesichtspunkt, von welchem aus der Vergleich als ein sicherungsbedürftiger Vertrag erscheint", sagt Sj., „ist wesentlich derselbe, wie bei dem Compromissvertrage". Es liegt hier „wiederum bis zu einem gewissen Grade ein öffentlich-rechtlicher Vertrag vor, dessen Wirkung eine principielle Schwäche innewohnt". Das objective Recht müsse sich dem Vergleich gegenüber „zweifelnd stellen", weil die Entscheidung über Rechtsstreite dem Gerichte, nicht den Parteien gehöre. — Nach dem in Bezug auf das Schiedsverfahren Ausgeführten kann ich mich hier verhältnissmässig kurz fassen.

Die transactio war und blieb ein Rechtsgeschäft des Privatrechts. Sie wird freilich dem Urtheil an die Seite gestellt. Mit dieser Nebeneinanderstellung (cf. insbes. c. 20 de transact.) darf man aber nicht bitteren Ernst machen: zu weit gehende Schlüsse werden durch bekannte Stellen abgeschnitten (s. neuerdings auch Oertmann, Vergleich § 27). Die von Sj. hervorgehobene Natur des Instituts beweist nur die Nothwendigkeit einer Anerkennung seitens der Rechtsordnung, einer Sanction, die, allgemein wichtig, hier von besonders grosser Bedeutung ist. Doch weiter nichts. Gegen den Verf. spricht aber aufs Entschiedenste die Formlosigkeit des Vergleichs: fr. 2 de transact. Als normale Form galt bekanntlich die Aquiliana stipulatio mit acceptilatio: fr. 4 eod. Die Verstärkung mittels einer Conventionalstrafe war nichts weniger als vorgeschrieben: im ganzen Tit. Dig. de transactionibus ist von der Pön nur in zwei Fragmenten die Rede. Dabei ist zu bemerken, dass es spätere, z. Th. sogar nachclassische Juristen sind, die dazu rathen, dem Vergleich eine Strafklausel anzuhängen (Paulus in fr. 15 und Hermogenian in fr. 16 h. t.), dass letztere vorzugsweise im Codex hervortritt und erst in der byzantinischen Periode allgemein üblich wird (vgl. Zachariä, Gesch. des griech.-röm. Privatrechts 3. Aufl. S. 306 f. und Sj. selbst S. 40 ff.), — eine Entwickelung, die mit dem Verfall der Stipulation und Acceptilation zweifellos aufs Engste zusammenhängt, die

aber für den Beweis der Sicherungsbedürftigkeit des Vergleichs durch die Pön an seinem Ausgangspunkt ziemlich bedeutungslos sein dürfte. Auch ist nicht zu übersehen, dass in dieser spätesten Zeit der Charakter der Conventionalpön ein wesentlich anderer geworden ist: aus einem zu Gunsten des Gläubigers im Voraus bestimmten Interesse hat sie sich in ein Züchtigungsmittel, in eine reine Strafe verwandelt (das Verhältniss zwischen den Ansprüchen aus dem Pönalversprechen und dem Hauptvertrage ist nunmehr ein cumulatives), die überdies nicht immer dem Gläubiger, sondern oft, ebenso wie die multa, dem Fiscus zu zahlen ist (Zachariä l. c., vgl. meine Conventionalstrafe und Interesse, Beilage VII und § 10).

Ebensowenig beweisen für den Standpunkt des Verfassers die meisten der übrigen von ihm angeführten „Fundamente". Wenn beispielsweise Sj. auf den Vorvertrag (§ 4) als ein unsicheres, eines Strafgedinges bedürftiges Verkehrsgebilde hinweist und zur Begründung seiner Ansicht das bekannte fr. 68 de V. O. bringt, so spricht gerade diese Stelle gegen ihn; denn sie weist der Conventionalpön eine ganz andere Function zu, als die von Sj. betonte. Mit aller wünschenswerthen Klarheit sagt der Jurist, dass eine Strafklausel die Stipulation aus einer incerta in eine certa verwandele, dass m. a. W. sie, wie gewöhnlich, zur Feststellung des Schadensersatzes diene, eine Bedeutung, welcher der Verf. eine auffallend geringe Aufmerksamkeit zuwendet. Dass die juristische Wirkung des Vorvertrages, auch wenn er in Form einer stipulatio (ohne poena) abgeschlossen ist, „zweifelhaft" sei, ist in fr. 68 cit. nicht enthalten, hat auch Verf. m. E. nicht zu beweisen vermocht.

Nicht überzeugend ist ferner, dass der römische Gesellschaftsvertrag (§ 5) ein innerlich so schwaches Gebilde gewesen sei, dass selbst die Beifügung einer Stipulation (genauer: einer „Receptivstipulation") diese Schwäche nur in sehr geringem Grade habe heben können, dass erst die Pönalstipulation „etwas Neues" gebracht und wirkliche Sicherung geschaffen habe. Auch hier handelt es sich bloss um Abschätzung des Interesse: sicherungsbedürftig konnte doch ein durch beiderseitige Stipulation abgeschlossener Societätsvertrag unmöglich erscheinen. Dies darthun zu wollen ist, dünkt mich, ein beinahe verzweifeltes Beginnen. Dazu kommt, dass die Stellen, die ein Strafgeding bei der societas aufweisen, nicht zahlreich sind (im Tit. Dig. pro socio finden sich nur drei: fr. 41, 42 und 71 pr.), alle einer spätclassischen Periode angehören und aufs Klarste bezeugen, dass der Grund der Heranziehung der Pön in nichts weniger als in der Schwäche des Hauptvertrages zu suchen ist, da in allen drei Fragmenten die Möglichkeit, mit der infamirenden actio pro socio vorzugehen, anerkannt wird (s. meine Conventionalstrafe u. Interesse S. 49 f., 83 ff.).

Vollends unrichtig ist es endlich, wenn Verf. die Zinsverbindlichkeit als ein typisches Fundament der Vertragsstrafe in dem von ihm angenommenen Sinne aufstellen will. Denn dass der Anspruch auf Zinsen nicht zu den „sicheren" Ansprüchen gehörte, wird man nicht behaupten können, nicht einmal bezüglich der usurae, quae officio iudi-

cis praestantur (das schwierige fr. 47 de A. E. V. ist von Sj. offensichtlich missverstanden: Mommsen, Beiträge III, S. 92), geschweige denn bezüglich der stricti iuris iudicia, wo die Zinsen stipulirt sein mussten, ganz ebenso wie die Conventionalstrafe selbst. Dass in letzterem Falle die Parteien ein Bedürfniss nach grösserer Sicherheit nicht haben empfinden können, räumt Sj. selbst ein. Und trotzdem begegnet uns in den Quellen die poenae stipulatio beim mutuum mehr als einmal. Was kann da Zweck und Grund des Strafgedinges gewesen sein? Offenbar die genaue Schätzung der Ersatzleistung, das Verlangen, unnöthige Weiterungen abzuschneiden, eine bestimmte Summe einem unbestimmten Quantum zu substituiren. Auf eine zweite — rechtswidrige — Anwendung der Conventionalstrafe, die Verwandlung des Zinsenanspruchs in einen Anspruch auf poena behufs Umgehung der gesetzlichen Zinsschranken (verschleierter Wucher), braucht hier nicht eingegangen zu werden.

Die Behauptung, dass die römische Conventionalpön ursprünglich immer nur einem bestärkungsbedürftigen Gebilde („Fundament") beigefügt worden sei, erweist sich nach allem Gesagten als hinfällig und irreführend. In dieser absoluten Gestalt muss daher die Theorie des Verfassers von der Vertragsstrafe als einer „Krücke" m. E. abgelehnt werden. Allerdings ist in ihrer Grundidee — trotz des einseitigen doctrinären Gesichtspunktes — ein gesunder Kern enthalten. Es hat sich thatsächlich das eine oder das andere Institut an der Hand des Strafgedinges entwickelt. Vor jeder Generalisirung in dieser Richtung muss aber energisch gewarnt werden.

Richtig ist, dass die Function eines Sicherungsmittels für ein bestärkungsbedürftiges Verkehrsgebilde von der Conventionalstrafe ausgeübt worden ist bei der vertragsmässigen Bestellung von Servituten (§ 7). Dass und inwiefern ein Sicherungsbedürfniss hier vorlag, ist bekannt genug. In dem berühmten, in den Quellen mehrmals wiederkehrenden Bericht von Gaius (II, 31) über die Begründung „pactionibus et stipulationibus" müssen unter letzteren Strafstipulationen verstanden werden. Zweifellos sind diese ursprünglich in fast ausschliesslicher Anwendung gewesen: Promittent versprach für sich und seine Erben (vgl. den Inhalt der cautio in fr. 7 si serv. vind.), den Stipulator und seine Erben nicht an der Ausübung zu hindern, im Falle der Störung eine vereinbarte Pön zu zahlen (Theophil. II, 3 § 4). Auch später ist die Strafclausel bei der constitutio servitutis ganz geläufig, wenn auch nicht gerade unerlässlich: cf. z. B. fr. 2 §§ 5. 6 de V. O.

Berechtigt ist sodann die Ansicht des Verfassers, dass Verträge zu Gunsten und zu Lasten Dritter (§ 6), sowie Verbindlichkeiten zu nicht geldwerthen Leistungen (§ 9) als bestärkungsbedürftige Fundamente der römischen Conventionalstrafe erscheinen mussten. Ersteres ist klar: Ulpian bezeugt es uns auf's Deutlichste: fr. 38 §§ 1. 2. 4. 17 de V. O. (nachgeschrieben vom Kaiser in § 19 I. de inut. stip.). Aber auch bezüglich der immateriellen Interessen ist nicht minder wahr, dass die Pön einen Schutz gewährte, der ohne die-

selbe nicht hätte erlangt werden können. Wo ein Vermögensinteresse an der zugesicherten Leistung nicht vorhanden war, wie beispielsweise an der Freilassung eines Sclaven (fr. 122 § 2 de V. O.) oder an der Beisetzung oder Nichtbeisetzung von Leichen (fr. 11 de relig.), da war das Strafgeding praktisch geradezu nothwendig, indem es eines nicht zu erbringenden Beweises überhob. Man war dann eben nicht mehr auf sein Interesse angewiesen, wie dies uns wiederum ausdrücklich überliefert ist, denn auch hierauf beziehen sich m. E. Ulpians Worte: poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis (fr. 38 § 17 cit. i. f., vgl. Pernice, Labeo III, S. 147. 83 f.).

Für das justinianische Recht, möchte ich noch bemerken, sind die zwei letzterwähnten Fälle zugleich die einzigen, wo die Conventionalpön lediglich als indirectes Compelle erscheint, um eine an sich nicht erzwingbare Hauptleistung herbeizuführen; sie ist also Ersatz, nicht einfach Stärkung, eines obligatorischen Bandes. Vom dogmatischen Standpunkte aus ist es deshalb durchaus begründet, in beiden Fällen eine gewissermassen anomale Function der Conventionalstrafe zu erblicken und diese selbst mit Eck als „Pseudoconventionalstrafe“ zu bezeichnen. Aber vielleicht auch vom rechtsgeschichtlichen, denn abgesehen von nur wenigen Anwendungen im vorclassischen Recht — so der schon besprochenen Pön bei einer Servitut und möglicherweise bei einer auf facere gerichteten Stipulation (S. 36 ff.) — tritt uns doch immer dieselbe Natur der Vertragsstrafe als eines veranschlagten Interesse entgegen (cf. fr. 39 de operis libert.). Und eben deswegen halte ich es für verfehlt, wenn Verf., z. Th. im Anschluss an Wendts bekannte Auffassung, den pönalen Charakter der römischen Vertragsstrafe besonders scharf hervorhebt und sie in Zusammenhang bringen will mit der gesetzlichen Strafe des öffentlichen Rechts, der gegenüber sie sich als eine abgeschwächte Form oder Variante darstellen soll (S. 11. 45. 82).

Dieser Zusammenhang, erwidere ich, lässt sich schlechterdings nicht darthun, ist auch von Sj. nicht klargelegt worden. Nichts spricht dafür, Vieles dagegen. Vor allen Dingen die rein privatrechtliche Behandlung unseres Instituts: es sei hier aufmerksam gemacht auf die actio ex stipulatu als Klage aus dem Pönalvertrage, auf das Verhältniss der Solutions- (nicht Consumptions-)Concurrenz zwischen Conventionalstrafe und Interesse, auf die in mancher Hinsicht den Ausschlag gebende bedingte Form der Strafklausel u. A. m. — Dass die römischen Juristen von poena reden und mit keinem Worte andeuten, es geschehe dies per abusionem, wird man nicht mit Sj. (S. 6. 12) für wichtig halten: das Wort wird offenbar ganz allgemein gebraucht, ebenso allgemein, wie etwa Savignys geistreiche Definition der Conventionalstrafe als einer „Criminalanstalt im Kleinen“ zu nehmen ist. Im preussischen Landrecht ist die Pön doch sicher nur Schadensersatz, und doch ist überall die Rede von „Strafe“ (I, 5 §§ 292 ff.).

Cap. III behandelt noch — von der vom Verf. verfochtenen Anschauung aus — zwei Controversen innerhalb der Lehre von der römi-

schen Conventionalpön. Zunächst das Verhältniss zwischen dem Strafanspruch und der Klage aus dem Hauptcontracte. Diese so überaus wichtige Materie hätte aber eine eingehendere Untersuchung verdient und erfordert, um so mehr, da ohne eine genaue Prüfung und Sichtung des einschlägigen Quellenmaterials ein befriedigendes Resultat hier überhaupt nicht zu erzielen ist. Es ist deshalb nicht zu verwundern, dass Verf. in der Frage zu irrigen Schlüssen gelangt und z. Th. starke Fehler mit untergelaufen sind. So ist die Interpretation des den Entwickelungsgang ergebenden fr. 115 § 2 de V. O. zweifellos falsch. Sabinus hat natürlich an einen materiellen Contract nicht denken können: dies widerspräche dem klaren Sinn der Stelle. Der Grund für die Verschiedenheit seiner Auffassung und derjenigen des Pegasus liegt ganz anderswo und ist angedeutet durch die Analogie des Legats. Dass ferner hier auch nur etwas auf „den Zeitpunkt für den Beginn der sinkenden Bedeutung der Stipulation" ankomme, ist mir in höchstem Maasse unwahrscheinlich: gerade Paulus ist es, der, im Gegensatze zu Julian, Marcell und Ulpian, dem abstracten Vertrage, zu welchem die Pönalstipulation hinzukommt, eine selbständige Bedeutung einräumt, und von seinen Gegnern steht ihm der späteste, Ulpian, am nächsten! Nicht zutreffender ist, dass die ungleiche Behandlung des Verhältnisses der Pönalstipulation zu der abstracten Obligation einerseits und zu dem causalen Contracte andererseits ihre Erklärung in der ungleichen Stärke des Fundaments finde: die Ungleichheit beruht vielmehr darauf, dass im ersten Falle wir eine und dieselbe causa, im letzteren dagegen zwei verschiedene causae im Haupt- und Strafvertrage vor uns haben (vgl. Salkowski, Z. L. v. d. Novation S. 207 f. Im Uebrigen verweise ich auf meine Ausführungen in „Conventionalstrafe und Interesse" §§ 1 ff., S. 80 ff.).

Die erörterte Controverse ist also für die Theorie des Verfassers bedeutungslos. Aber ebenso die zweite von ihm berührte Streitfrage über die Voraussetzungen für den Verfall der Pön. Die Entscheidungen der Quellen darüber gehen nicht von einer Schwäche oder Stärke des Fundaments aus, sondern sind auf die bedingte Form des Strafgedings zurückzuführen; das hat übrigens Sj. selbst nicht übersehen können. (Über das m. E. nicht hierher gehörende fr. 69 de V. O. vergl. Bertolini, Teoria generale della pena convenzionale p. 51 sq.). Es gilt nur, einige extreme Schlüsse nach dieser Richtung hin zu vermeiden, was freilich nicht ganz leicht ist und selbst Jhering (Rechtsgutachten in Sachen der Gottbardbahn-Gesellschaft S. 5 ff.) missglückt ist.

Der zweite Hauptheil der vorliegenden Schrift beschäftigt sich mit den Strafklauseln der fränkischen Urkunden. Verf. beginnt mit der Anknüpfung des süddeutschen Strafgedinges an das römische Recht, um sodann zu der eigentlichen Aufgabe des germanistischen Abschnitts seines Buches überzugehen und mit einer kurzen Erörterung der Ausläufer der Strafklauseln im späteren Mittelalter zu schliessen. Den Schwerpunkt dieses Abschnitts sieht Verf. „in dem Versuch einer Construction, welche die eigenthümliche Fassung der fränkischen Straf-

drohungen unter Wahrung ihres Charakters von Privatdispositionen erklärt". Trotz der zwei bedeutsamen Abweichungen dieser Klauseln gegenüber den römisch-langobardischen — der Richtung der Strafdrohung gegen jedermann und des Antheils des Fiscus an der Busse —, ist dieser absolut gefassten fränkischen Klausel der Charakter einer gesetzlichen Strafe nicht beizulegen. Die Abhandlung sucht darzuthun, dass dies zu Unrecht angenommen worden ist von R. Löning („Über Ursprung und Bedeutung der in den altdeutschen Urkunden enthaltenen Strafklauseln"), dessen Ausführungen übrigens in Bezug auf Umfang und Zweck für Sjögrens Darstellung maassgebend gewesen sind.

Das Nähere hierüber gehört jedoch nicht in diese Abtheilung unserer Zeitschrift.

Odessa, April 1897. M. Pergament.

